

© Copyright 2016, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Una imprescindible revisión para las PYMES de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales

Revista de Derecho vLex - Núm. 143, Abril 2016

Autor: Ángel Serrano de Nicolás - Jesús Sánchez García

Cargo: Notario - Abogado

Id. vLex: VLEX-632310529

Link: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>

Texto

Contenidos

- [I. - Introducción](#)
- [II. - Los controles de incorporación, transparencia y contenido en la contratación seriada con condiciones generales](#)
- [III. - El concepto de consumidor](#)
- [IV. La imprescindible revisión para las PYMES de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales](#)

I

- Introducción

El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, especialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio, entre otras [SSTS de 16 de septiembre de 2015 \(nº de res. 489/2015\)](#)¹; [15 de octubre de 2015 \(Roj: STS 4237/2015\)](#)²; y, [4 de febrero de 2016 \(Roj: STS 327/2016\)](#)³, y que como tal error vicio es indiferente que hayan sido contratados por personas físicas, en su condición de consumidores, o por pequeños empresarios. Otra cosa es la sí clara distinción

entre clientes minoristas o no⁴.

Dicha doctrina jurisprudencial no se ha hecho extensiva en la contratación seriada con condiciones generales (para cuya aplicación es indiferente, como tales condiciones generales, que sea consumidor o no), cuando el adherente no es un consumidor, sino un pequeño empresario, sin departamento financiero, ni personal especializado para la contratación de esos productos.

Si un modesto empresario que explota un negocio de peluquería a través de una sociedad de responsabilidad limitada, contrata determinados productos financieros, con ocasión de tener que obtener financiación para su actividad, o dentro del "paquete" con el que quizás lo que pretende es obtener financiación crediticia, se hace difícil darle una respuesta coherente para explicarle que ese producto no puede ser objeto de denuncia por incumplimiento del doble filtro del control de transparencia, porque se adhirió al mismo en su condición de representante de su modesta empresa, cuando probablemente si contrató un mismo producto financiero, ajeno a su actividad profesional, pero la información facilitada fue la misma, sí que podrá denunciar esa infracción del doble filtro del control de transparencia, que permite llegar al control contenido, cuando en ambos supuestos se ha incumplido de forma clara lo dispuesto en el [artículo 7,1-b](#) de la [Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#), como acertadamente sostiene una parte de nuestra doctrina más autorizada⁵. Y aun sabedores de que las condiciones generales pueden darse tanto entre empresarios (B2B) como entre empresarios y consumidores (B2C).

Cuando el [artículo 7,1-b](#) de la [Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#) de 13 de abril de 1998 (de aplicación a cualquier adherente, sea o no consumidor), establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean "*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*", no se subsume esa cláusula "ambigua", "oscura" o "incomprensible" en la doctrina jurisprudencial que ha fijado el TS para aplicar el doble filtro del control de transparencia cuando el adherente no es un consumidor?

II

- Los controles de incorporación, transparencia y contenido en la contratación seriada con condiciones generales

En la actualidad podemos afirmar que tanto la Sala 1^a del TS, esencialmente a través de sus [sentencias de 18 de junio de 2012⁶](#), [9 de mayo de 2013⁷](#), [8 de septiembre de 2014⁸](#), [24 de marzo⁹](#) y [25 de marzo de 2015¹⁰](#) y [23 de diciembre de 2015¹¹](#), como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), a través de sus [sentencias de 21 de marzo de 2013 \(C-92/11\)](#), [30 de abril de 2014 \(C-26/13\)](#) y [26 de febrero de 2015 \(C-143/13\)](#), han configurado y delimitado la doctrina jurisprudencial del

control de transparencia¹².

El TS a través de las sentencias de [9 de mayo de 2013](#) y [8 de septiembre de 2014](#), declaró la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, es decir, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del [Código Civil](#) (en adelante [CC](#)) del "error propio" o "error vicio".

El TS en los apartados cuarto al sexto del fundamento de derecho tercero de la sentencia de [24 de marzo de 2015](#)¹³, dictada por el Pleno y, por tanto, creando doctrina jurisprudencial, resuelve que la exigencia de aplicar el control de transparencia está fundamentada en la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE, en sus [sentencias de 30 de abril de 2014](#) y [26 de febrero de 2015](#).

Y esa normativa interna, a que se refiere el TS, viene delimitada en el apartado cuarto del fundamento de derecho tercero, de la sentencia de [24 de marzo de 2015](#), resolviendo el TS que ha basado la exigencia del control de transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 del LGCYU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.

Analiza la sentencia del TS de [23 de diciembre de 2015](#)¹⁴ el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (las denominadas "cláusulas suelo"), realizando un pormenorizado estudio en su fundamento de derecho cuarto de la jurisprudencia dictada por la propia Sala del TS y por el TJUE, recordando la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales de los contratos, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación.

Con cita de la sentencia de [24 de marzo de 2015](#), el TS nos recuerda que el control de transparencia cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Y añade la sentencia que comentamos de [23 de diciembre de 2015](#), que la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contrato de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

En los contratos concertados con consumidores, no es suficiente que la cláusula que define el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución y los servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, se redacte de manera clara y comprensible, posibilitando el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible; se requiere, además, que no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

La transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la exigencia de claridad en los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Cuando la cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato, como es el caso de las cláusulas suelo, lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control de contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.

Una cláusula incorporada al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente.

Para el TS el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (*"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*), porque 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.

El TS resuelve que estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente 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 le pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Y no rebasando la condición general el control de abusividad debe declararse su nulidad, conforme a los artículos [8.2](#) y [9](#) de la [Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#).

III

- El concepto de consumidor

La legislación española en materia de protección de consumidores está esencialmente regulada en el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante [TRLGCIU](#)) y en la [Ley 7/1998](#), de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante [LCGC](#)).

A través del [TRLGCIU](#) se pretendió llevar a cabo una unificación normativa que garantizase un régimen igualitario de protección del consumidor, con independencia del tipo de contrato y del ámbito material en el que se desarrollase el mismo, clarificando de esta forma los derechos que se reconocen al consumidor¹⁵.

El [TRLGCIU](#) ha sido reformado por la [Ley 3/2004](#) de 27 de marzo, a fin de dar cumplimiento a la transposición al derecho interno de la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (en adelante Directiva 2011/83/CEE), que es una Directiva de armonización plena.

La Directiva 2011/83/CEE fue dictada con la finalidad de dotar de un régimen específico a los contratos con consumidores¹⁶.

La [Ley 3/2014 de 27 de marzo](#) no modificó solamente el [TRLGCIU](#), sino que también procedió a la reforma de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), la [Ley de Competencia Desleal](#), la [Ley de Ordenación del Comercio Minorista](#), la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, la [Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias](#), la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley General de Salud Pública, la [Ley General de Sanidad](#), la Ley del Sector Eléctrico y la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos de Tabaco.

Al [TRLGCIU](#) lo considera, entre otros, Rodrigo BERCOVITZ¹⁷ como nuestro Código de Consumo, a pesar de la existencia de otras leyes de protección del consumidor en materia concretas, recordando que la Directiva 2011/83/CEE pretende un nivel de armonización pleno, de manera que los Estados miembros no pueden mantener o introducir en sus respectivos Ordenamientos "disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario" de la propia Directiva. De ahí que la nueva redacción introducida en el [artículo 59,2](#) del [TRLGCIU](#) establezca que la regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensando en el mismo, y que, en su caso, podrá elevar dicho nivel "siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea".

A través de la armonización plena se pretende eliminar el obstáculo que para el buen funcionamiento del mercado interior supone la existencia de disparidades legislativas entre los Estados de la Unión.

El [artículo 2](#) del [TRLGCIU](#) define el ámbito de aplicación de la norma señalando que resulta de aplicación a las relaciones entre consumidores y empresarios y el artículo contiene la definición del concepto general de consumidor, entendido como las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

El [artículo 3](#) de la [TRLGCIU](#), identifica al consumidor y usuario como toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y el último inciso del [artículo 3](#) precisa que son también consumidores a efectos del [TRLGCIU](#) las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

La novedad la encontramos en que el legislador ha extendido la protección a entidades sin personalidad jurídica y la exigencia de actuar sin ánimo de lucro.

El [artículo 4](#) del [TRLGCIU](#) considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, introduciendo la reforma operada por la [Ley 3/2014, de 27 de marzo](#), la inclusión expresa de los colaboradores del empresario.

El legislador catalán adelantándose al estatal, de forma plausible para Sánchez Ruiz de Valdivia¹⁸, amplió el ámbito subjetivo de los consumidores, a través de la [Ley 20/2014](#), de la 29 de diciembre¹⁹, añadió un apartado 2, al [artículo 111-1](#) de la [Ley 22/2010, de 20 de julio](#), del Código de consumo de Cataluña, con el siguiente texto: «2. Los derechos y las obligaciones establecidos por el presente código son de aplicación, en la medida en que sean compatibles, a: a) Las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado. b) Las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo.».

A diferencia de nuestra legislación, en el derecho comunitario solo tienen la consideración de consumidores las personas físicas²⁰ si bien y, como afirma Lucía Costas²¹, pese a que la Directiva 2011/83/CEE es de armonización plena, en su artículo 13 reconduce a la competencia de los Estados miembros la regulación de los aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación, estableciendo expresamente la posibilidad de extender la aplicación de la Directiva a las personas jurídicas que no sean consumidores en el sentido regulado por la Directiva 2011/83/CEE²².

El TJUE en el apartado 27 del [Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15](#), resuelve que *"A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión"*.

La Sala 1ª del TS ha resuelto en su [sentencia de 30 de abril de 2015²³](#), que no es aplicable la legislación de protección de consumidores, en un contrato concertado entre empresas o profesionales, en contra de lo que sostiene una parte de la doctrina²⁴.

En muchas ocasiones la condición de consumidor no es fácil de determinar a priori, ya que en esta materia la legislación comunitaria, estatal y autonómica no es idéntica en cuanto al ámbito

subjetivo de aplicación de la normativa, por lo que habrá que tener presente las respectivas legislaciones y la jurisprudencia dictada, tanto por la Corte de Luxemburgo, como por la Sala 1ª del TS, por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario, regulado en el artículo 4 bis, estableciendo que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Sirva, a título de ejemplo, la sentencia dictada por el TJUE, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/2014), que analiza la condición de consumidor de una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito. Tal y como ha expresado Sánchez Ruiz de Valdivia, en el derecho comunitario el TJUE considera como consumidores a los profesionales que contraten fuera de su actividad habitual.²⁵ El TJUE, analizando el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, considera consumidor al prestatario cuando el contrato de crédito no está vinculado a la actividad profesional del abogado.

El TS en su sentencia de 28 de mayo de 2015²⁶, fijó como doctrina jurisprudencial que *"la compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación"*.

Pudiera interpretarse que existe una posición doctrinal distinta entre la sentencia del TS y la sentencia del TJUE, pero un estudio detenido de ambas resoluciones nos demuestra que no es así. Para determinar tanto en un supuesto como en otro si concurre la condición de consumidor en la persona física que ejerce la profesión de abogado, habrá que analizar si el contrato de crédito está vinculado a la actividad profesional.

Tal y como ha estudiado la doctrina, "El Supremo ha denegado la condición de consumidor y la protección que dispensa la LGDCU y, en ocasiones la [LCCG](#): (1) al abogado que compra un local que destina a su despacho (en virtud de la STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2014), (2) a la Pyme que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos, legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción inmobiliaria (en virtud de la [STS, Sala 1ª, de 7 de abril de 2014](#)), (3) a la empresa titular de una residencia de ancianos que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores (en virtud de la Sentencia, de la Sala 1ª, de 10 de marzo de 2014)²⁶, (4) a la sociedad cooperativa de viviendas que financia la promoción (en virtud de la [STS de 24 de septiembre de 2013](#)) y, (5) a la mercantil que realizó la compra de unos bienes muebles destinados a un uso empresarial (en virtud de la [STS de 23 de julio de 2013](#))"²⁷. Tal y como ha dicho en la Sentencia de 28 de mayo de 2015²⁸, fijó como doctrina jurisprudencial que *"la compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación"*.

IV

La imprescindible revisión para las PYMES de la doctrina

del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales

Para un análisis del estado de la situación se hace imprescindible la lectura de dos estudios monográficos. El primero de ellos de la Catedrática (a.) de Derecho Civil, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia²⁹, sobre "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)" y, el segundo, de la profesora titular de Derecho Civil, de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Inmaculada Barral Viñals, sobre "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios"³⁰.

Compartimos con la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia que la solución del drama social que hoy viven consumidores y empresas exigen soluciones integrales que pongan fin a la difícil situación de sobreendeudamiento familiar a las que están expuestas las personas físicas empresarias o no empresarias y las microempresas y pymes³¹.

Si bien en su segundo estudio la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia centra su atención, fundamentalmente, al estudio de las cláusulas suelo de contratos de préstamos con garantía hipotecaria, compartimos con ella que esta tesis es plenamente extrapolable a cualquier tipo de contratación, con condiciones generales (tal y como titula su trabajo de investigación en el que no se circunscribe a las cláusulas suelo), en las que el adherente, sea o no consumidor, sea o no persona física o jurídica, no haya podido influir en la redacción del contrato.

Como sostiene la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia³², el control de transparencia a los pequeños empresarios en el marco de las cláusulas predispuestas nos parece una auténtica necesidad social a la que el Tribunal Supremo ha de dar solución porque en España el tejido empresarial está compuesto, tal y como advierte, en un 99,2% por autónomos, micro-empresas y pymes que han dependido, para acometer sus actividades empresariales de la financiación bancaria hasta en un 80 por ciento. Guiada por el convencimiento de la importancia y trascendencia social del tema, no duda en reflexionar sobre la necesidad de repensar la contratación, con condiciones generales, entre empresarios en cuatro trabajos posteriores: (1) El primero, relativo a la "Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES"³³, (2) el segundo, referido a "Algunas opacidades del control judicial de transparencia insistiendo en la necesidad de reinterpretar el control de transparencia entre empresas"³⁴, (3) el tercero al hilo de estudiar el posible enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias - cuestión de la que trata al hilo del comentario que realiza de [STS 13 enero 2015](#)³⁵ en las hipótesis de adjudicación y venta con plusvalía de la que no se hace partícipe al deudor hipotecario, y (4) el cuarto, a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre devolución de cantidades pagadas por la cláusula suelo declarada nula, sentada por las SSTs 25 marzo y 29 y 30 abril 2015 según las cual la devolución de cantidades ha retrotraerse (retroactividad retrospectiva) a fecha de 9 mayo 2013 -doctrina que ha suscitado ya la presentado de ocho cuestiones prejudiciales sobre las que se posiciona la autora³⁶.

Compartimos la opinión sostenida por la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia, para quien, "En conclusión, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial. En tanto en cuanto nuestra legislación no se modifique tal y como ha hecho, recientemente, el Código de Consumo catalán⁵⁰, dando cabida dentro del concepto de «persona consumidora» a los *trabajadores autónomos* y las *empresas prestadores de servicios básicos y servicios de trato continuado* y a las que tengan la consideración de *microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE* y, mientras el Supremo o la jurisprudencia menor no rectifique su unánime parecer, (cosa que no creemos que vaya a suceder) hoy las empresas (sus abogados) deben fundamentar sus defensas en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación resultándoles de aplicación, el control de incorporación y transparencia contenido en los artículos [5](#), [7](#), [8.1](#) y [9 LCGC](#) así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (ex [art. 1258 CC](#))"³⁷.

Y añade... "En este sentido, la falta de transparencia cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidos para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, a tenor del [artículo 217 LEC](#). Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa"³⁸.

En opinión de la citada profesora³⁹, que compartimos, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentra en el ámbito legal de aplicación del [artículo 2](#) de la [LCGC](#) el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al [artículo 9](#) de la [LCGC](#) de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (ex [art. 5.5 LCGC](#)) y/o (2) por vicio de consentimiento (ex [art. 1271 CC](#)).

Y no solamente encuentran, tanto consumidores, como empresas, amparo legal necesario para solicitar judicialmente la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, al amparo del [artículo 5.5](#). de la [LCGC](#), sino al amparo del [artículo 7,1-b](#) de la [LCGC](#), tal y como

afirman las profesoras Sánchez Ruiz de Valdivia y Barral Viñals⁴⁰. En este sentido, y tal y como ha afirmado Sánchez Ruiz de Valdivia, "Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos [5](#) y [7](#) de la [LCGC](#)⁴¹.

Y es que, los empresarios (autónomos, microempresas y pymes) en *calidad de adherentes* en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir al mosaico de remedios que derivan de los artículos [2](#), [5](#), [6](#), [7](#), [8.1](#) y [9](#) y [10](#) de la [LCGC](#) y, supletoriamente del [Código Civil](#). La falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (residenciado en los artículos [7](#) y [art. 1258 CC](#)) por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público ([art. 1255](#) y [art. 6.2 CC](#)) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticamente. Además, y en calidad de *usuarios de servicios bancarios* creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la [Ley 47/2007](#).

Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas» y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, *carecen* de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)"⁴².

[1] [Roj: STS 4004/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4004](#).

[2] [Roj: STS 4237/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4237](#).

[3] [Roj: STS 327/2016 - ECLI:ES:TS:2016:327](#).

[4] Al efecto ALONSO ESPINOSA, F., "Participaciones preferentes y clientes minoristas en entidades de crédito", *Diario La Ley*, núm. 7875, de 7 Jun 2012 (ed. digital).

[5] BARRAL VIÑALS, I, "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios". *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2015, págs. 25-69.

[6] [Roj: STS 5966/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5966](#)

[7] [Roj: STS 1916/2013](#)

[8] [Roj: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903](#)

[9] [Roj: STS 1279/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1279](#)

[10] [Roj: STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280](#)

[11] [Roj: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618](#)

[12] Ver más extensamente el artículo del Magistrado SÁNCHEZ MARTÍN, C., "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación la [STS 241/2013, de 9 de mayo](#), sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", *Diario la Ley*, núm. 8092, 28 mayo 2013 (ed. digital)

[13] Ver más extensamente SÁNCHEZ GARCÍA, J., "Comentarios a las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 y 15 de marzo de 2015", *Revista de Derecho vLex*, núm. 131, Abril 2015 (ed. digital).

[14] Ver, más extensamente, SÁNCHEZ GARCÍA, J., "Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de [23 de diciembre de 2015](#)", *Revista de Derecho vLex*, núm. 141, febrero 2016 (ed. digital).

[15] LARROSA AMANTE, MA. "Principales novedades en el ámbito de la protección del consumidor. El RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre", *El Derecho Editores/Revista de Jurisprudencia el Derecho*, núm. 3, pág. 1. EDB 2008/20527.

[16] BOTANA GARCÍA, G., "Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias](#)", *Diario la Ley*, núm. 8301. Sección Doctrina, 30 de Abril de 2014. Rfa. D-133.

[17] BERCOVITZ, R. "Una nueva edición del Comentario del Texto Refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias](#)". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 905/2015. BIB 2015\1658

[18] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I, ""Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *Revista Crédito de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, págs. 68 y ss.

[19] Si bien hay interpuesto Recurso de inconstitucionalidad n.º 5459-2015, contra los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2, 20 y la disposición adicional primera de la [Ley 20/2014, de 29 de diciembre](#), de modificación de la [Ley 22/2010, de 20 de julio](#), del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2015, páginas 93350 a 93350.

[20] Ver [Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-74/15](#).

[21] COSTAS RODAL, L., "La protección de los consumidores en la contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil tras la reforma del TRLCU/2007 por la [Ley 3/2004](#) de 27 de marzo", *op. cit.*, pág. 17.

[22] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "La reforma del contrato de compraventa a través de la unificación y articulación del concepto de incumplimiento", *Estudios del Contrato de Compraventa (Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán)*, en ORTI VALLEJO, A. (dir.), y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 71-210, y , SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. "El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia", *Revista Aranzadi Civil*, núm. 7, 2016.

[23] [Roj: STS 1923/2015](#)

[24] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *Revista Crédito de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, págs. 681-732.

[25] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES)", en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (dirs.), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, págs. 41-80. (en el que alude a las opacidades que presenta el control de transparencia refiriéndose en el apartado 2.1. El ámbito subjetivo de dicho control aludiendo a la sentencia del TJUE de fecha 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, un abogado (u otro profesional) puede considerarse consumidor, a efectos de los derechos que a estos reconoce el Derecho de la Unión, cuando actúa fuera de su ámbito de actividad y, en particular, cuando negocia un contrato de adhesión); "Algunas opacidades en el nuevo control judicial de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo. ¿Hay que repensar el control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios!", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, "Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la [STS 13 enero 2015](#))", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100 (pendiente de publicación), y "La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (Un debate judicial y doctrinal que ha suscitado ya numerosas cuestiones prejudiciales tras las SSTs 25 marzo y 29 abril 2015)", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016 (trabajos facilitados por la autora y pendientes de publicación).

[26] [Roj STS 2820/2014](#)

[27] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo...", *op. cit.*, págs. 686 y ss.

[28] [Roj. STS 2820/2014](#)

[29] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., ""Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)". *Revista Crédito de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, págs. 681-732.

[30] BARRALA VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *ibídem*.

[31] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores", *ibídem*; y, también en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE (dirs.), *Las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos)*", *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 57-79.

[32] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. cit.*, págs. 684.

[33] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES)", en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (dirs.), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, págs. 65 y ss.

[34] "Algunas opacidades en el nuevo control judicial de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo. ¡Hay que repensar el control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios!", *RCDI*, 2016,

[35] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la [STS 13 enero 2015](#))", *CCJC*, núm. 100 (pendiente de publicación).

[36] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (Un debate judicial y doctrinal que ha suscitado ya numerosas cuestiones prejudiciales tras las SSTs 25 marzo y 29 abril 2015)", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016 (estos últimos trabajos pendiente de publicación y facilitados por la autora).

[37] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. cit.*, pág. 684.

[38] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. cit.*, págs. 690. Aludiendo a la cualidad de adherente en la PYME, la microempresa y el trabajador autónomo y valorando su protección en la contratación, con condiciones generales, en la que participen, *vid.*, "Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES)", *op. loc. cit.*, págs. 41-80. (en el que alude a las opacidades que presenta el control de transparencia refiriéndose en el apartado 2.1. El ámbito subjetivo de dicho control); "Algunas opacidades en el nuevo control judicial de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo. ¡Hay que repensar el control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios!", *RCDI*, 2016, "Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la [STS 13 enero 2015](#))", *CCJC*, núm. 100 (pendiente de publicación), y "La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de

transparencia (Un debate judicial y doctrinal que ha suscitado ya numerosas cuestiones prejudiciales tras las SSTs 25 marzo y 29 abril 2015), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016 (trabajos facilitados por la autora y pendientes de publicación).

[39] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. cit.*, págs. 684

[40] BARRAL VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *op. cit.*, pág. 54.

[41] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. cit.*, pág. 689.

[42] SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *op. loc. cit.*, pág. 684. *Vid.*, también SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Crisis económica y Mercado Único hipotecario...", *cit.*, pp. 65 y ss. (trabajo en el que alude a las opacidades que presenta el control de transparencia refiriéndose en el apartado 2.1. El ámbito subjetivo de dicho control), y un tercer trabajo, pendiente de publicación, relativo "Algunas opacidades en el nuevo control judicial de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo", *RCDI*, 2016.