

EL CONTROL DE TRANSPARENCIA TAN SÓLO ES APLICABLE A CONSUMIDORES, NO A EMPRESARIOS NI PROFESIONALES *

Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769)

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

La sentencia objeto de comentario ha aclarado una cuestión que venía siendo resuelta de forma dispar entre nuestras Audiencias Provinciales, a saber, la posibilidad someter al control de transparencia cualificado las cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios suscritos por empresarios o profesionales. En este sentido, el Tribunal Supremo aclara que dicho control está reservado a la contratación con consumidores, por lo que no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no ostenta la condición legal de consumidor. Así pues, sólo cabrá declarar la nulidad de una cláusula suelo en préstamos hipotecarios con profesionales si ésta no supera el control ordinario de incorporación –legibilidad y gramaticalidad–, o si fue impuesta en contra del principio de la fe contractual en ejercicio de un abuso de la posición dominante del predisponente de forma que comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente.

1. Los hechos

La demandante contrató el 5 de diciembre de 2006 un contrato de préstamo hipotecario con Banco Pastor para la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia por importe de 1.230.000 €. El tipo de interés remuneratorio contratado era (i) un tipo fijo del 4,45% hasta el 31 de diciembre de 2007; y (ii) a partir de esa fecha, un tipo variable siendo el resultado de adicionar un 0,60% al Euribor, estableciéndose una cláusula suelo del 4,45%¹.

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016).

¹ En concreto, se establecía una cláusula de "Límite a la variabilidad del tipo de interés" según la cual "Las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual".

A pesar de ello, el banco sólo aplicó dicha cláusula suelo durante cuatro meses hasta el año 2010, año a partir del cual comunicaron a la actora que procederían a aplicar la cláusula suelo pero rebajada (3,50%). De esta forma, hasta el año 2013 se aplicó una cláusula suelo reducida del 3,50%, procediéndose a la aplicación de la cláusula suelo del 4,45% tal y como estaba establecida en el contrato de préstamo hipotecario a partir del año 2013. Como consecuencia de ello, la prestataria interpuso demanda solicitando la nulidad de la cláusula suelo en virtud del art. 8.2 LCGC según el cual *“serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*. La entidad bancaria se opuso a la demanda argumentando de contrario que la actora no ostentaba la condición de consumidora, que la cláusula era clara y constaba resaltada en el contrato, que aquélla fue negociada y que, en última instancia, la prestataria era concedora de la cláusula en cuestión como revelaban sus propios actos posteriores.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al no considerar probado que la actora fuera consciente de la operatividad de la cláusula, y ello con independencia de que no ostentara la condición de consumidora, pues el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación se extiende a cualquier cláusula con independencia de que el adherente sea consumidor. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista por apreciar que la cláusula superaba el control de incorporación, quedando el denominado segundo control de transparencia restringido únicamente a la contratación con consumidores. Adicionalmente, recalcó que la demandante siempre tuvo constancia de la existencia de la cláusula, la cual era clara y no estaba enmascarada entre informaciones que dificultasen su identificación, hasta el punto de que obtuvo bonificaciones en la misma como consecuencia de su carácter de cliente preferente.

Frente a dicha sentencia la demandante interpuso recurso de casación en el que denunciaba la inaplicación del control de transparencia por parte de la AP al tratarse de un profesional, así como la existencia de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que aplicaban dicho control a empresarios y profesionales.

2. El fallo del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo comenzó su argumentación reconociendo que la Exposición de Motivos de la LCGC manifiesta la posibilidad de que en las condiciones generales de la contratación entre profesionales pueda existir abuso de una posición dominante, pese a que el control de abusividad esté reservado exclusivamente a la contratación con consumidores. En este sentido, una condición general en la contratación entre profesionales podrá ser abusiva de conformidad con las normas generales de la nulidad

contractual, esto es, cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes². Con todo, esta previsión no es desarrollada en la norma por lo que debe evaluarse desde el punto de vista de la legislación civil.

2.1. *Inaplicabilidad del control de transparencia cualificado en las contrataciones entre profesionales*

En primer lugar, recordó el TS que en su STS de 9 de mayo de 2013 ya aclaró que el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha consideración con independencia de que el adherente sea consumidor (F.J. 201); sin embargo, el control de abusividad quedaba restringido a la contratación con consumidores [F.J. 233 c)]. Así pues, tanto el art. 5.5 como el 7 de la LCGC resultan de aplicación a condiciones generales de la contratación tanto en la contratación con consumidores como con empresarios o profesionales. De esta forma, en ambos casos, “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” por lo que “[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”.

No obstante, estos preceptos refieren al control de incorporación “ordinario”, esto es, un control destinado a evaluar la comprensión gramatical y perceptibilidad o legibilidad de la cláusula en cuestión. El segundo control instaurado en la STS de 9 de mayo de 2013 es el llamado “control de transparencia cualificado” que va más allá, y exige no sólo que las cláusulas sean legibles y comprensibles gramaticalmente, sino que además no “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”. Se trata, pues, de un control que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, es decir, que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica del contrato –la onerosidad o sacrificio patrimonial que supone-, como carga jurídica –especialmente, la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución del contrato-.

²“El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Pero este control de transparencia cualificado está restringido a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, pues está íntimamente relacionado el concepto de cláusula abusiva en la contratación de consumo. De hecho, este control nace del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE según el cual “[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, (...), siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. De esta forma, la falta de transparencia de las cláusulas relativas al precio puede comportar su “abusividad”, que de otra forma estaría excluida del ámbito de aplicación de la norma pues, en palabras del TS, “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”.

Así pues, concluye el TS que el control cualificado de transparencia no resulta de aplicación a la contratación entre profesionales, a los que sólo resultará aplicable el control de incorporación ordinario de claridad gramatical y legibilidad, precisamente porque es un control que nace de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En este sentido, sostiene el TS que “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”.

2.2. Criterio para determinar la abusividad de una cláusula entre profesionales: la buena fe contractual

Dado que los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores –entre los que se halla el control cualificado de transparencia– no son aplicables a la contratación con profesionales, debe recurrirse a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en este tipo de negocios jurídicos.

En virtud de los arts. 1258 CC y 57 CCom debe entenderse que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales de la contratación que supongan “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”. Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de

conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente.

En relación con el caso enjuiciado, comprende finalmente el TS que, en primer lugar, no hay duda de que la cláusula litigiosa supera el control de incorporación ordinario al ser comprensible gramaticalmente; y, en segundo lugar, que no existió abuso de la posición dominante de la entidad bancaria predisponente. Esto es así porque consta que la prestataria fue informada del contenido de la cláusula y su funcionamiento, de hecho existieron negociaciones entre las partes a este respecto que incluso comportaron la inaplicación y rebaja de la misma en ciertos períodos, por lo que *“no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente”*.