



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen con objeto de resolver en Derecho la eventual abusividad de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario en los que la parte adherente ostenta la condición legal de empresario.

Autor/es

Clara Sancho Va

Director/es

Ángel Luis Monge Gil

Universidad de Zaragoza

2017

INDICE

GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	2
DICTAMEN.....	3
I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
II. CUESTIONES PLANTEADAS.....	5
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	6
1. CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	6
1.1. Concepto de cláusulas abusivas.....	6
1.2. ¿Puede ostentar Doña Rosario el carácter de consumidor o usuario?.....	11
1.3. ¿Puede considerarse por lo tanto la cláusula suelo una condición general de la contratación?.....	13
2. ¿PUEDE APLICARSE A DOÑA ROSARIO EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA?.....	15
2.1. Control de inclusión o incorporación.....	16
2.2. El control de transparencia o contenido.....	20
2.3. Conclusiones acerca de la aplicación de los controles a Doña Rosario.....	25
3. OTROS POSIBLES PARÁMETROS PARA DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO.....	26
3.1. La buena fe como parámetro.....	26
3.2. Acerca de la configuración de un nuevo principio.....	31
IV. CONCLUSIONES.....	34
V. BIBLIOGRAFÍA.....	39
1. JURISPRUDENCIA.....	40
1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	40
1.2. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.....	41
1.3. Audiencias Provinciales.....	41
1.4. Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera Instancia.....	42
2. TEXTOS LEGALES.....	42

GLOSARIO DE TÉRMINOS

1. CC: Código Civil.
2. CCom: Código de Comercio.
3. Directiva 93/13/CEE: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
4. LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
5. Orden Ministerial de transparencia y protección de 2011: Orden Ministerial EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección.
6. TJUE: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.
7. TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
8. TS: Tribunal Supremo.

DICTAMEN

Ante mí, D^a. Clara Sancho Va, comparece Doña Rosario Agudo Fuentes¹, antigua propietaria del restaurante *Las Comilonas*, con domicilio en Avenida Zaragoza, 15 – Huesca, para solicitar mi parecer en Derecho sobre los siguientes

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El 7 de febrero de 2017, Doña Rosario Agudo Fuentes llama a nuestro despacho solicitando una reunión para que se le informe acerca de cómo reclamar al banco con el que había firmado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, las cuantías que está abonando en concepto de cláusula suelo. Durante aquella llamada telefónica se cita a la Sra. Agudo a una reunión el siguiente lunes 13 de febrero a las 17.30, a la que se le pide que asista con toda la documentación relativa al contrato de préstamo hipotecario.

SEGUNDO.-

El día de la reunión, Doña Rosario nos explica su caso detalladamente; ella era la propietaria de un humilde restaurante sito en Huesca. La madrugada del 17 de abril de 2011, recibió una llamada por parte de los bomberos en la que le informaban de que debido a una fuga de agua de una vivienda del edificio en el que la Sra. Agudo tenía el restaurante, se había inundado su local causando graves daños en el inmobiliario de su negocio.

¹ Los nombres que designan a los partes en el procedimiento así como a los establecimientos que aparecen en este conflicto son ficticios en aras de preservar el secreto profesional, añadiéndose el hecho de que este dictamen versa sobre un proceso que se encuentra en curso y se podría perjudicar a los intereses del cliente

TERCERO.-

La aseguradora tan solo le pagó una tercera parte de la cuantía total a la que ascendían el valor de los daños causados, por lo que nuestra cliente tuvo que solicitar un **préstamo con garantía hipotecaria** en *Banco El Cierzo*, para **hacer frente a todos los gastos que la inundación le había provocado en su negocio y poder saldar deudas pendientes** con sus acreedores que había ido acumulando a partir de la inundación.

CUARTO.-

No obstante, pese al ímpetu de nuestra cliente, el alto coste de los daños consecuencia de la inundación, así como la crisis económica, obligaron a Doña Rosario a cerrar su negocio.

QUINTO.-

Llegados a este punto, la Sra. Agudo nos muestra una copia de la Escritura Pública de su contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado el 5 de marzo de 2012, señalándonos la cláusula Sexta, la cual establecía:

“SEXTA

(...)

3. Límites a la variación del tipo de interés:

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00% ni inferior al 2,50 % nominal anual.”

SEXTO.-

Junto a ello, nos informa de que el banco le ofreció en su momento la posibilidad de poner a su disposición el contrato tres días antes de la fecha acordada para la firma, con la finalidad de que pudiera leérselo y si tenía alguna duda, preguntársela a su agente bancario. Sin embargo, la Sra. Agudo rechazó esta oportunidad, quedando constancia de ello en la misma Escritura Pública.

SÉPTIMO.-

Finalmente, nos indicó, que hace un mes y medio realizó la conveniente reclamación extrajudicial, solicitando a *Banco El Cierzo* que le reintegrara la cuantía abonada en concepto de cláusula suelo, pero tal reclamación obtuvo una respuesta negativa por parte de la entidad bancaria.

Con relación a estos antecedentes fácticos, surgen las siguientes

II. CUESTIONES PLANTEADAS

PRIMERA.-

Doña Rosario en primer lugar nos pide información acerca de qué tipo de cláusulas pueden ser consideradas abusivas.

SEGUNDA.-

Junto a ello, nos pregunta si existe alguna posibilidad de ser considerada como consumidor y usuario, siendo consciente de que la finalidad de su préstamo fue la de pagar los daños que causó la inundación y algunas deudas que se generaron a partir de la misma.

TERCERA.-

Igualmente, quiere conocer si ella, en caso de no ostentar el carácter de consumidor, tiene alguna posibilidad de reclamar las cuantías abonadas a su banco en concepto de cláusula suelo mediante el habitual control de transparencia que los jueces estaban aplicando según las últimas noticias que había oído a través de los medios de comunicación.

CUARTA.-

Además nos pregunta que, en caso de que no se le pudiera realizar dicho control de transparencia, si existe alguna posibilidad efectiva de poder declarar la abusividad de la cláusula sexta de su contrato.

QUINTA.-

Finalmente, quiere saber si realmente le es rentable la interposición de una eventual demanda ante el juzgado competente, con la finalidad de que se le devuelva aquellas cuantías abonadas en concepto de cláusula suelo.

A tales antecedentes fácticos y cuestiones planteadas les son de aplicación los siguientes

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para el correcto estudio de este apartado, debe partirse de la idea de que la cláusula contractual abusiva tiene, mayoritariamente, su ámbito de aplicación propio en contratos celebrados con consumidores. Por esta razón, encontramos un concepto más amplio y desarrollado de cláusula abusiva en la normativa cuyo ámbito subjetivo está delimitado a aquellos adherentes que ostentan la condición legal de consumidor. Consecuentemente, comenzaré analizando qué se entiende por cláusula abusiva desde una perspectiva más amplia, es decir, teniendo en cuenta la normativa aplicable a consumidores, pese al hecho de que Doña Rosario sea jurídicamente considerada empresaria en el caso que nos ocupa.

1.1. Concepto de cláusulas abusivas

A la vista de las cuestiones planteadas por nuestra cliente, procederemos en primer lugar a explicar brevemente qué es una cláusula abusiva y, por lo tanto, en qué ocasiones puede calificarse una cláusula contractual como abusiva.

Para ello, procede analizar el concepto legal recogido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores² (Directiva 93/13/CEE en adelante), que determina que una cláusula abusiva es “*aquella cláusula contractual que no habiendo sido negociada individualmente, pese a la exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”. Se trata de una definición similar a la regulada en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³ (TRLGDCU en adelante) en la que destacan dos conceptos que podríamos catalogar como conceptos jurídicos indeterminados: “la exigencia de la buena fe” y “un desequilibrio importante”.

Ambos elementos fueron concretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en su sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11⁴, determinando que tales conceptos delimitan de un modo abstracto los criterios que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente. Asimismo, el TJUE precisa que, para poder concluir que una cláusula causa un desequilibrio en perjuicio del adherente debe realizarse en primer lugar, un análisis comparativo por parte del juez nacional en el que se valore si el contrato firmado, deja al adherente en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente y, en segundo, lugar un examen de la situación jurídica en que se encuentra el adherente a la vista de los medios que dispone con arreglo la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas por parte del predisponente⁵. Junto a ello, el TJUE precisa en su sentencia de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12⁶,

² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Fuente EUR- Lex: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>

³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

⁴ Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. Fuente : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES>

⁵ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas” en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, julio 2015, Editorial Lefebvre. Acceso directo en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/jurisprudencia-Tribunal-Justicia-clausulas-abusivas_11_845680004.html

⁶ Sentencia de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12. Fuente: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=146439&doclang=ES>

que “*la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor, como parte en el contrato (...)*”, es decir, no importa tanto la cuantía que Doña Rosario ha abonado en concepto de cláusula suelo, como el perjuicio causado a su situación jurídica como parte adherente de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con su entidad bancaria.

Del mismo modo, es el juez nacional quien debe determinar si ese desequilibrio es contrario a las exigencias de la buena fe. Para ello deberá comprobar, según el TJUE si el adherente aceptaría una cláusula de este tipo, tratando de manera leal y equitativa, en el marco de una negociación individual, teniendo en cuenta para ello criterios como el posible uso de lo que la jurisprudencia ha denominado factores de distorsión de la información⁷.

Uno de los factores de distorsión más empleados por los bancos es la inclusión de la oferta de la cláusula suelo y techo en una misma condición, pudiendo aparentar una contraprestación o factor de equilibrio entre ambas cláusulas⁸. No obstante esto no es así, puesto que las cláusulas techo que las entidades bancarias tienden a establecer, son cuantías difícilmente asumibles por la parte adherente del contrato, tal y como han determinado los tribunales españoles en diversas ocasiones. Ejemplo de ello sería la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla de fecha 30 de septiembre de

⁷ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas” en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, julio 2015, Editorial Lefebvre.

⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017. Número de resolución 224/2017. Fuente: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7992000&links=%22224%2F2017%22&optimize=20170419&publicinterface=true>.

2010⁹, o la sentencia del Juzgado de los Mercantil nº1 de León de fecha 11 de marzo de 2011¹⁰.

Otro factor de distorsión también utilizado frecuentemente por las entidades bancarias, es la explicación de lo que la cláusula suelo supone al adherente, empleando para ello, datos que no siempre son fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados en materias económicas y bancarias, provocando de este modo una pérdida de atención por la parte prestataria.

En nuestro caso, ambos factores, fueron empleados por *Banco El Cierzo*; uno de ellos podría ser probado con facilidad, puesto que nuestra representada tiene copia del contrato firmado con dicha entidad bancaria en el que consta la imposición de la cláusula suelo y techo en la misma condición. Asimismo, debe tenerse en cuenta la manera en la que el banco explicó a Doña Rosario el concepto, finalidad y consecuencias de la cláusula suelo, puesto que lo realizó por escrito, mediante un folleto informativo, con una terminología compleja. Todo ello nos permite calificar la actuación llevada a cabo por la entidad bancaria como poco diligente, y en consecuencia, contraria a las exigencias de la buena fe.

Para continuar con el análisis del eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión, deben tenerse en cuenta además de que la condición vaya en contra de la exigencias de la buena fe causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, otros dos requisitos a los que también hace mención la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 en su Fundamento de Derecho decimocuarto; “a) *Que se trate de una condición general predispuesta y destinada a ser impuesta en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada. (...) c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es*

⁹Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla de fecha 30 de septiembre de 2010. Número de resolución 348/2010. Acceso directo en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi0pWEmZPVAhWKmbQKHd6SDaQQFggpMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FSALA%2520DE%2520PRENSA%2FNOVEDADES%2FSentenciasueloMercantil2Sevilla.pdf&usg=AFQjCNHkcFFNcedqgKRnYJCJ_LFQv9svttQ

¹⁰ Sentencia del Juzgado de los Mercantil nº1 de León de fecha 11 de marzo de 2011. Número de resolución 6/2011. Acceso directo en: <http://www.clausulasuelo.com/uploads/documentos/Sentencia-Clausula-Suelo-11032011.pdf>

preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-”¹¹.

En este caso, la cláusula controvertida es aquella que limita la variación del tipo de interés del préstamo bancario que la Sra. Agudo contrató con *Banco El Cierzo*. Es decir, una condición que es impuesta por la parte predisponente, en nuestro caso la entidad bancaria, a una pluralidad de contratos de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de que los adherentes la acepten.

Finalmente, hemos de tener en cuenta que para que una cláusula pueda ser considerada abusiva, la persona perjudicada por el desequilibrio ha de ser un consumidor. Conocer si Doña Rosa ostenta tal condición es un aspecto que, debido a su relevancia, será estudiado en el siguiente apartado.

Sin embargo, para poder determinar la posible abusividad de una cláusula no debemos atender solamente a lo establecido en la misma tal y como establece la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de abril de 2017, sino que también conviene tener en cuenta otros factores como son el momento y las circunstancias que concurren en la celebración del contrato¹², tal y como establece el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 82.3 TRLGDCU, así como el desequilibrio en función de los bienes y servicios.

Por lo tanto, en caso de presentar la demanda, el juez no solo estudiará si concurren los criterios necesarios para determinar la abusividad de la cláusula, sino que además deberá prestar atención a las circunstancias en las que Doña Rosario firmó el contrato, incidiendo exhaustivamente tal y como expone la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 en su párrafo 237, en *“la evolución previsible de las circunstancias (...) con los datos al alcance de un empresario diligente”*. Además, en tal caso, el juez también deberá tener en cuenta los escasos conocimientos en materia económica y bancaria por parte de la Sra. Agudo.

¹¹Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013. Número de resolución 241/2013 Acceso directo en: [http://www.poderjudicial.es /search/documento/TS/6703660 /Clausulas%20abusivas/20130510](http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6703660/Clausulas%20abusivas/20130510)

¹² Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017. Número de resolución 224/2017. Fuente: [http://www.poderjudicial.es/search/ contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7992000&links=%22224%2F2017%22&optimize=20170419&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7992000&links=%22224%2F2017%22&optimize=20170419&publicinterface=true).

Finalmente, y como se ha mencionado con anterioridad, para poder juzgar el eventual desequilibrio entre la parte adherente y la parte predisponente, también deberá atenderse, según lo regulado en el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 82.3 del TRLGDCU, a la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato.

No obstante, llegados a este punto, es de suma importancia incidir en que las cláusulas suelo en general, no son ilícitas tal y como nos recuerda la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, que determina que pueden lícitas siempre y cuando permitan al adherente "*identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*". Para ello, será necesario que se informe exhaustivamente al prestatario del previsible comportamiento del índice de referencia, el Euribor en nuestro caso, al menos, a corto plazo.

1.2. ¿Puede ostentar Doña Rosario el carácter de consumidor o usuario?

Una vez conocidos todos los criterios necesarios para poder determinar la eventual abusividad de la cláusula controvertida, urge conocer si Doña Rosario ostenta el carácter de consumidor o usuario, puesto que de no ser así, no cabría aplicación ni de la Directiva 93/13/CEE ni del TRLGDCU, al estar delimitado el ámbito de aplicación de ambas normativas a los contratos celebrados con consumidores. Así lo establece expresamente el artículo 1.1 de la citada directiva cuando determina que "*El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*". Del mismo modo, el TRLGDCU en su artículo 2, dispone que "*Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*".

Para ello, partiremos en primer lugar del concepto legal de consumidor, regulado en el artículo 2.b de la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 3 de la norma española. La norma europea fija un concepto básico de consumidor, determinando que será toda aquella persona física que actúe con un propósito ajeno a de su actividad empresarial. Se trata de un concepto que es completado por el TRLGDCU, donde también se

incluyen a 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.

Del mismo modo, el artículo 2.c de la Directiva 93/13/CEE ofrece un concepto de profesional, concepto que de nuevo vuelve a ser completado por la legislación española. Concretamente, el artículo 4 del TRLGDCU define empresario como "(...) *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*". Junto a ello la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2016¹³, reitera lo fallado en la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14¹⁴, añadiendo que para decidir si "(...) *el contrato está sujeto a la normativa de los consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante*". Por lo tanto, si el destino de la operación es ajeno al consumo privado, el adherente no podrá ser considerado consumidor y, en consecuencia, no entrará dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE ni del TRLGDCU.

En este mismo sentido se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 18 de enero de 2017¹⁵, al determinar para un contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado el 8 de marzo 2007, cuando todavía estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁶, que ostentan la cualidad de consumidores aquellos que actúan como destinatarios finales de los productos o servicios, sin ánimo de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

Teniendo en cuenta por lo tanto, que lo realmente importante es el objeto con el que se actúa en el tráfico y no la condición personal del actuante¹⁷, podemos concluir

¹³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016. Número de resolución 380/2016. Fuente: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5b12bc7b2ca872bc>

¹⁴ Sentencia del TJUE de fecha 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14. Fuente: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=166821&doclang=ES>

¹⁵ Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 18 de enero de 2017. Número de resolución 30/2017 Acceso directo en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921675&links=&optimize=20170131&publicinterface=true>

¹⁶ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. BOE: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

que Doña Rosario no ostenta carácter de consumidor o usuario, al haber solicitado el préstamo con la finalidad de pagar nóminas atrasadas, saldar deudas con los proveedores y poder proceder al cierre del negocio. Por todo ello no le será de aplicación la normativa relativa a consumidores y usuarios, quedando únicamente protegida por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹⁸ (LCGC en adelante) y la nulidad de las cláusulas abusivas de acuerdo a la regulación de la buena fe recogida en el Código Civil¹⁹.

1.3. ¿Puede considerarse por lo tanto la cláusula suelo una condición general de la contratación?

En consecuencia de todo lo anteriormente desarrollado, la protección de Doña Rosario deberá limitarse a la establecida en la LCGC y Código Civil²⁰. Esto se debe principalmente a dos razones: su ámbito subjetivo y objetivo.

En primer lugar, a lo que al ámbito subjetivo se refiere, el artículo 2.1 de la LCGC determina que será de aplicación a todos aquellos contratos que tengan condiciones generales, celebrados entre un profesional y cualquier persona física o jurídica, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa.

Junto a ello, el artículo 1 del mismo cuerpo legal delimita el ámbito objetivo de aplicación, estableciendo que serán condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas, que habiendo sido incorporadas a una pluralidad de contratos, han sido predispuestas e impuestas por la parte predisponente, es decir, el profesional.

Esta definición, debe ser completada por lo establecido en la propia Exposición de Motivos, donde se determina que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos celebrados con consumidores. No obstante, la citada Exposición de Motivos

¹⁷ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales: reiteración de la doctrina de la Sala 1ª Tribunal Supremo. Comentario a las Sentencias 30/2017 de 28 de enero y 57/2017 de 30 de enero.”, en Actualidad Civil, N°3, Sección Protección de los consumidores/ Estudio de jurisprudencia, marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer. *Págs. 2 y ss.*

¹⁸Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>

¹⁹Código Civil. BOE: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=2>

²⁰ FRADE HEVIA, M.I., “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (Cláusula suelo) (1)” en Actualidad Civil, N°8, Sección A Fondo, Quincea, abril de 2012, Editorial Wolters Kluwer. *Pág. 4.*

continúa estableciendo que, el hecho de que la abusividad quede limitada a los contratos celebrados con consumidores, no significa que no pueda existir un desequilibrio entre las partes en contratos con condiciones generales celebrados entre empresarios²¹, pero que de existir tal abusividad deberá ser estudiada desde los parámetros de las normas generales de nulidad contractual. Dicho de otro modo, sería totalmente posible declarar judicialmente la abusividad de una condición general si ésta fuera contraria a la buena fe y causase un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de los contratantes, independientemente de la condición legal de los mismos.

En el caso estudiado, no hay duda de que la cláusula controvertida es una condición general, al ser impuesta por el predisponente en una pluralidad de contratos²², como es el de la Sra. Agudo. Hasta el momento, hemos podido observar como en las contestaciones a las demandas, las entidades bancarias niegan esa imposición alegando una negociación previa que pretenden probar a través de la existencia de diversos contratos con un mismo objeto, pero que en ocasiones contienen pactos de limitación de interés (con porcentajes variados) y en otras ocasiones no.

Por esta razón, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estableció en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en su Fundamento de Derecho octavo el cual estudia la imposición de las condiciones generales, que “... *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*”, tal y como establece el artículo 3.2 de la Directiva 93/13.

Por lo tanto, se entenderá que una cláusula ha sido impuesta cuando no haya sido negociada previa e individualmente con el adherente, es decir, cuando éste no haya tenido posibilidad de influir en su supresión o contenido. Asimismo, subraya que la norma no exige que esa cláusula esté impuesta a la totalidad de los contratos que tengan un mismo objeto, sino a una pluralidad de ellos.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo añade en la citada sentencia de 9 de mayo, que tampoco se deberá equipar a la negociación, la posibilidad por parte del

²¹ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Págs. 3 y ss

²² FRADE HEVIA, M.I., “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario...”, *cit...* Pág.2.

adherente de poder escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidos todos ellos a condiciones generales, a pesar del hecho de que varias de ellas hayan sido realizadas por un mismo empresario.

En consecuencia, la cláusula controvertida es una cláusula impuesta por *Banco El Cierzo* a Doña Rosario ante la imposibilidad por parte de nuestra representada, de escoger entre varias ofertas sometidas a diferentes condiciones generales, de eliminar la cláusula controvertida, ni de influir en el contenido de la misma.

Por último, y con la finalidad de evitar posibles malinterpretaciones, debe advertirse que la imposición de una cláusula no implica su ilicitud, puesto que al fin y al cabo, se trata de un mero mecanismo de contratación -denominado contratación en masa- empleado en el sector bancario a fin de evitar los costes y complejidad que supondría el mantener negociaciones individuales con cada uno de los clientes, tal y como se establece en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. En esta misma línea ya se pronunció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 2009, al determinar que “(...) *la calificación como contrato de adhesión (...) no provoca por ello su nulidad (...)*”.

Por esta razón, a pesar de que podemos afirmar la calificación de condición general de la contratación de la cláusula suelo impuesta a nuestra representada, no podemos confirmar todavía su ilicitud. Para ello será necesaria la realización del doble control de transparencia formado por el control de inclusión y el de incorporación.

2. ¿PUEDE APLICARSE A DOÑA ROSARIO EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA?

Con la finalidad de poder determinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria como el de la Sra. Agudo, el juez o tribunal competente debe realizar un doble control de

transparencia denominado control de abusividad²³. Éste consiste a su vez, en un primer control de incorporación o inclusión y un segundo control de transparencia o contenido.

Pese a lo que en un primer momento pueda parecer, dichos controles no son sucesivos entre sí, sino que dependiendo del carácter que ostente la parte adherente, deberá realizarse uno o ambos controles²⁴. Esto se debe principalmente al texto legal en el que se encuentran regulados; el control de inclusión o incorporación está sometido a la normativa de la LCGC, mientras que el control de contenido o transparencia tiene su base legal en el TRLGDCU, y por lo tanto es inaplicable a aquellos contratos que, a pesar de estar sometidos a condiciones generales de la contratación, la parte adherente es un empresario.

2.1. Control de inclusión o incorporación

El control de inclusión, que tiene como finalidad última garantizar que el adherente, en el momento de la firma, tuvo conocimiento y comprendió el contenido del contrato, analiza la mera transparencia documental o gramatical de las condiciones establecidas en el contrato pertinente²⁵. Para ello, se examinan aspectos como el uso de caracteres tipográficos legibles y si éstos tienen una redacción que permita conocer el contenido real de las cláusulas²⁶.

Su regulación se encuentra recogida en la LCGC, texto legal que, como ya se ha explicado con anterioridad, es de aplicación a la Sra. Agudo debido a su amplio ámbito subjetivo. Concretamente, el artículo 5.1 pfo.2º del mencionado texto legal hace referencia al deber de información, determinando que *“no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”*. Esta obligación de información ha

²³ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios: un estudio jurisprudencial.”, en Diario la Ley, Nº 8967, Sección Doctrina, abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3

²⁴ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...”, *cit...* Págs. 6 y ss.

²⁵ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...”, *cit...* Pág. 5.

²⁶ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Pág. 5.

de ser completada con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LCGC, donde se establece que las cláusulas generales deberán ser redactadas ajustándose a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Criterios que son reiterados por la Orden Ministerial EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección²⁷ (Orden Ministerial de transparencia y protección de 2011 en adelante), que deroga la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, tenida en cuenta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Orden Ministerial de transparencia y protección de 2011 es, tal y como determina en su primer artículo, una normativa específica que tiene como objeto la concreción de determinados requisitos que debe cumplir la información ofrecida por las entidades de bancarias a la parte adherente, a la hora de ofertar sus servicios. De este modo, se establece una serie de pautas de cómo ha de ser llevado a cabo el proceso de información, otorgando especial relevancia a la claridad, transparencia y comprensibilidad de la documentación. Es decir, esta regulación refleja el modo en que *Banco El Cierzo* debió haber informado a la Sra. Agudo a la hora de firmar el contrato de préstamo hipotecario.

Particularmente, la Orden Ministerial de protección y transparencia de 2011 establece en su artículo 6 y 7 cómo ha de ofrecerse al futuro adherente la información precontractual y contractual, haciendo especial hincapié en la obligación de que la documentación legalmente exigible, que debe ser entregada con la debida antelación, sea gratuita, clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa. Este precepto debe ser tenido en cuenta junto con el artículo 8 del mismo cuerpo legal relativo a las comunicaciones con el cliente. Además el artículo 9 de la citada normativa, determina el deber de las entidades de facilitar al adherente las explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales del servicio contratado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, no puede entenderse suficiente el hecho de que *Banco El Cierzo* haya facilitado una copia de la información y condiciones del contrato a Doña Rosario, sino que además se deberá analizar el modo en que la misma fue transmitida a nuestra representada, prestando una especial atención

²⁷Orden Ministerial EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección. BOE: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17015>

a la transparencia, claridad y comprensibilidad de los términos empleados. Para ello, deberemos partir del tenor literal de la cláusula controvertida, la cual se denomina “*Límite a la variación del tipo de interés*”, indicando así, el objeto de regulación de la misma.

En ella se establece que: “*El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00% ni inferior al 2,50% nominal anual*”, es decir, con ello nuestra representada observó que se estaban fijando unos límites mínimos y otros máximos al tipo aplicable de devengo de los intereses ordinarios.

No obstante, llegados a este punto es muy importante tener en cuenta la forma en que se estableció el límite mínimo, es decir el suelo, que viene determinado después de haberse fijado el límite máximo, creando en la Sra. Agudo, la falsa apariencia de contraprestación o factor de equilibrio²⁸, cuando realmente esto no es así, puesto que una cláusula techo del 12% es un tipo difícilmente asumible²⁹ por Doña Rosario, y en general, por un adherente con un nivel adquisitivo medio.

A pesar de que el Tribunal Supremo considera³⁰ esta redacción un factor de distorsión de la información ofrecida al adherente, determina que esta circunstancia no tiene la entidad suficiente como para poder declarar la abusividad o ilicitud de la cláusula analizada y, en consecuencia, la condición general interpuesta por “*Banco El Ciezo*” a Doña Rosario superaría el control de inclusión. Llegados a este punto debe tenerse en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, el factor determinante que permite declarar la abusividad de la misma es el desequilibrio que se causa en el reparto de los riesgos entre las partes. Se trata de un desequilibrio en abstracto que no es objeto del control de inclusión, ya que como se ha venido explicando a lo largo de este apartado, mediante este primer control se analiza la mera coherencia gramatical de la cláusula, debiendo ser el segundo control de transparencia, también conocido como

²⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017. Número de resolución 224/2017.

²⁹ FRADE HEVIA, M.I., “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario...”, *cit...* Págs. 15 y ss.

³⁰ Sentencia de la Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013. Número de resolución 241/2013

control de contenido, el que deba valorar la eventual ausencia de equilibrio en el reparto de los riesgos entre las partes³¹.

En definitiva, el control de inclusión o incorporación es bastante limitado ya que mediante el mismo tan solo se analiza la redacción de las cláusulas, haciendo especial hincapié en la transparencia, claridad, concreción y sencillez³². Es decir, en el supuesto de que se interpusiera la correspondiente demanda contra la entidad bancaria *Banco El Cierzo*, el juez examinaría la comprensibilidad de las cláusulas establecidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado, así como su lógica gramatical y léxica.

Con carácter general, el artículo 7 de la LCGC dispone que no quedarán incorporadas 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 no hayan sido firmadas, cuando fuere necesario, así como las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Dicho de otro modo, este precepto, regula el llamado principio de interpretación *contra proferentem*³³, según el cual, todas aquellas cláusulas que no cumplan los criterios establecidos en él, deberán tenerse por no puestas.

No obstante, llegados a este punto es importante recordar que, en los contratos bancarios, la terminología empleada puede resultar compleja y de difícil comprensión para un adherente medio sin conocimientos en la materia³⁴, como es el caso de la Sra. Agudo, por ello, el legislador estableció una excepción a este principio determinando que, cuando estas cláusulas estén redactadas con la transparencia indicada en su normativa específica y además, hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente, se tendrán por incorporados al contrato.

Junto a ello, el artículo 8 establece que serán nulas de pleno derecho todas aquellas condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto

³¹ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Pág. 5.

³² RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” *cit...* Pág. 5

³³ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” *cit...* Pág. 5

³⁴ FRADE HEVIA, M.I., “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario...”, *cit...* Págs. 14 y ss.

en cualquier norma imperativa o prohibitiva. Sin embargo, el caso que nos ocupa no puede ser comprendido en las situaciones reguladas en los preceptos 7 y 8 de la LCGC, por lo que deberá analizarse si la entidad bancaria cumplió con Doña Rosario su deber de información regulado en el artículo 5 de la citada ley.

En conclusión, la aplicación del control de inclusión a las cláusulas del contrato firmado por Doña Rosario no es objeto de discusión, puesto que se encuentra amparado de la LCGC. Sin embargo, dicho control consta de un importante inconveniente: el objeto que se analiza a través del mismo, en este caso el juez se limitaría a examinar la mera transparencia documental o gramatical de las condiciones establecidas en el contrato firmado por la Sra. Agudo, es decir, analizaría tan sólo la correcta expresión y orden gramatical de las oraciones que componen las condiciones.

Por lo tanto, basándonos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia 367/2016 de 3 de junio, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia 30/2017, de 18 de enero y Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentencia 57/2017, de 30 de enero³⁵) y teniendo en cuenta la estructura gramatical y el léxico empleado en la cláusula controvertida, podemos afirmar que el juez competente determinaría su comprensibilidad gramatical, y en consecuencia se superaría el control de inclusión, control que como se ha venido advirtiendo desde un principio, no alcanza el nivel de exigencia que se aplica al control de transparencia en caso de contratos con consumidores.

2.2. El control de transparencia o contenido

En segundo lugar, para poder declarar la abusividad de una condición general de la contratación que ha superado el control de incorporación, de acuerdo con el método estudiado en el apartado número dos del presente Dictamen, deberá realizarse, sucesivamente, el control de contenido.

³⁵ Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de fecha de 30 de enero. Número de resolución: 57/2017
Acceso directo en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7936672&links=&optimize=20170217&publicinterface=true>

El control de contenido estudia el significado de la cláusula, es decir, analiza las consecuencias jurídicas y patrimoniales de cada estipulación contractual³⁶. A través de este control, se analiza si el adherente tuvo o pudo tener conocimiento de la carga económica y jurídica que implicaba el contrato. Es decir, se trata de analizar desde dos perspectivas diferentes -económica y jurídica- la información ofrecida al adherente; por un lado, el Tribunal hace referencia a la carga económica, entendiendo como tal el conocimiento real de sacrificio u onerosidad patrimonial realizada, a cambio de la prestación económica que se quiere obtener. Por otro lado, se tiene en cuenta también la carga jurídica de dicho contrato, dicho de otro modo, la determinación clara de su posición jurídica tanto en los elementos básicos del contrato, como en la asignación y distribución de riesgos durante la vigencia del mismo³⁷.

En resumen, lo que va a analizarse a través de este control, es si realmente hubo un equilibrio subjetivo de precio y prestación, teniendo en cuenta la representación que la Sra. Agudo realizó en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación, lo que nos permite llegar a la conclusión las condiciones generales pueden ser consideradas abusivas, si el defecto de transparencia, o que es igual, de la información obtenida por el adherente, provoca una alteración entre la realidad y la representación que el consumidor pudo realizar a partir de los criterios del contrato firmado.

La esencia del control de contenido radica en el artículo 8 de la LCGC, donde se establece que “*Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de la contravención*”. Este precepto continúa estableciendo que “*(...) 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 la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*”. A efectos de análisis de este apartado, es importante tener en cuenta que el artículo 8.2 de la LCGC hace referencia al contenido del artículo 10 y Disposición Adicional Primera de la derogada Ley General para la

³⁶ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” cit... Pág.5.

³⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 3 de junio de 2016. Número de resolución 380/2016.

Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984³⁸, contenido que se encuentra recogido actualmente en el artículo 82 del vigente TRLGDCU.

Dicho de otro modo, el artículo 8 de la LCGC determina en primer lugar, una serie de factores por los cuales debe ser declarada la nulidad de pleno derecho de una cláusula. Factores cuya concurrencia debe ser probada por la parte perjudicada. Sin embargo en su segundo precepto, establece la nulidad de pleno derecho siempre y cuando tenga lugar alguna de las circunstancias recogidas en el actual artículo 82 del TRLGDCU y la parte adherente sea un consumidor, estableciendo de este modo en el TRLGDCU el fundamento legal del control de contenido.

Por lo tanto puede determinarse, que es en este precepto donde radica la cuestión a la que los empresarios como Doña Rosario deben hacer frente, al establecer que el control de transparencia tiene su base legal en el TRLGDCU. Normativa que delimita su ámbito subjetivo a aquellas personas que ostentan el carácter legal de consumidor o usuario, dejando fuera de su esfera de protección a los empresarios. De todo ello puede concluirse que el control de transparencia no puede ser aplicado a las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que la parte adherente es un empresario.

Ha sido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016 la que, a través de la resolución de un recurso de casación, se ha pronunciado expresamente sobre la inaplicabilidad del control de contenido en las condiciones generales de contratos firmados entre empresarios. Para ello, el Tribunal en primer lugar, se remite a la exposición de motivos de la LCGC, la cual determina que *"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"*. Luego puede parecer que es la propia Ley la que, ya desde un principio, circunscribe el examen de la abusividad a los contratos concertados exclusivamente por consumidores³⁹.

³⁸ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Acceso directo: <http://datos.redomic.com/Archivos/Legislacion/L2.pdf>

³⁹ VAZQUEZ GARCÍA, D., "Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...", *cit...* Pág. 3.

Sin embargo, dicho texto legal continúa añadiendo que *"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"*. No obstante el Tribunal Supremo apela a la inexistencia de desarrollo normativo de lo establecido en la citada Exposición de motivos en la citada sentencia de 3 de junio, lo que en consecuencia, suscita el problema de determinar la eventual abusividad de la cláusula desde el punto de vista de la legislación civil general cuando la parte adherente ostente el carácter legal de empresario.

Es decir, la LCGC admite en su Exposición de Motivos, que puedan existir cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios siempre que causen un desequilibrio o sean contrarias a la buena fe. El problema radica en la inexistencia de desarrollo de estas ideas a lo largo del cuerpo normativo de la ley⁴⁰. Teniendo en cuenta todo lo anteriormente analizado, y la carencia de valor normativo de la Exposición de Motivos de una ley, deberemos acudir al Derecho General, es decir al derecho civil en este caso, para examinar la posibilidad de declarar la abusividad de la cláusula controvertida.

Junto a ello, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo continúa fundamentando en la referida sentencia la imposibilidad de aplicación del control de abusividad, afirmando que en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no es una técnica de protección del adherente en general, sino que lo que se pretende a través de la declaración de nulidad de una cláusula es otorgar una mayor protección al adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo a través de esta sentencia, confirma la inaplicación del control de contenido y de abusividad en las cláusulas suelo de contratos firmados entre empresarios, basándose principalmente en dos razones;

⁴⁰ VAZQUEZ GARCÍA, D., "Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...", *cit...* Págs. 3 y 4.

En un primer lugar, por entender que está expresamente reservado a los consumidores, ya que su fundamento legal se encuentra regulado desde el punto de vista de la legislación española en el TRLGDCU, y desde el punto de vista de la legislación comunitaria, en la Directiva 93/13/CEE, en cuyo artículo 4.2 se conecta, según el Gabinete Técnico de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la transparencia con el juicio de abusividad, ya que *"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"*⁴¹. Dicho de otro modo, es la falta de transparencia la que causa un desequilibrio entre las partes en perjuicio del adherente, y por ende, el fundamento de una eventual abusividad por parte del predisponente.

En segundo lugar, por confirmar que el control de contenido sólo tendrá sentido si le acompaña a su vez, un control de abusividad, puesto que es la falta de transparencia la que determina la posibilidad de declarar el carácter abusivo de la cláusula controvertida. Por lo tanto, dado que el control de abusividad se encuentra limitado a aquellos contratos donde la parte adherente ostenta el carácter de consumidor o usuario, carece de sentido según el Alto Tribunal, realizar el control de transparencia.

Es por todo ello, por lo que el Tribunal Supremo ha fallado en contra de la aplicación del control de transparencia y abusividad sobre las cláusulas suelo presentes en contratos de préstamo con garantía hipotecaria cuando el adherente ostente el carácter legal de empresario, como es el caso de Doña Rosario. Es decir, éstas son las razones –las normas donde se encuentran reguladas y la finalidad última de la declaración de abusividad de una cláusulas- que fundamentan la imposibilidad de examinar la abusividad y la transparencia de las cláusulas perjudiciales a la Sra. Agudo, al ser empresaria.

⁴¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Gabinete Técnico. Sentencia número 367/2016, de 3 de junio, CIP 2121/2014. El control de transparencia no se extiende a la contratación legal de condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

2.3. Conclusiones acerca de la aplicación de los controles a Doña Rosario

De todo lo expuesto anteriormente, debe concluirse que, si bien no sería aplicable el control de transparencia sobre los contratos de préstamo con garantía hipotecaria entre empresarios por tener su fundamento legal en el TRLGDCU, si es aplicable el control de incorporación, ya que este último no se basa en la mencionada norma, sino en la LCGC, la cual no restringe su aplicación al ámbito subjetivo de los consumidores. De este modo, podría dejarse sin efectos la cláusula controvertida en caso de que no superase el control de contenido.

No obstante, llegados a este punto, es preciso recordar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de transparencia establece en su sentencia 688/2015⁴² que *“la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del artículo 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores.”*. Extracto de sentencia que permite a la doctrina, según Vázquez García⁴³ entiende que, pese a que no se esté haciendo una expresa referencia al control de contenido, la LCGC únicamente sirve como fundamento legal de la posible aplicación del control de incorporación a las cláusulas de contratos firmados entre empresarios, siendo tal texto insuficiente para fundamentar el control que alcance el nivel de exigencia del control de contenido, el cual encuentra su base legal en el TRLGDCU.

Todo ello, nos permite concluir que las condiciones generales de contratos en los que la parte adherente es un empresario, una vez superado el control de incorporación, tendrán desde la perspectiva jurídica, el mismo régimen legal que las cláusulas que fueron negociadas, razón por la cual deberá acudirse a conceptos como la actuación en contra de las exigencias de la buena fe por parte del predisponente regulada en el Código Civil.

⁴² Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2015. Número de resolución 688/2015. Acceso directo en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7593443&links=%221970%2F2012%22%20%22688%2F2015%22&optimize=20160205&publicinterface=true>

⁴³ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Págs. 5 y ss.

Llegados a este punto, debemos pronunciarnos acerca de la aplicación de ambos controles sobre las cláusulas que no han sido negociadas y, por lo tanto, han sido predisuestas a Doña Rosario.

En lo relativo a control de incorporación, debe tenerse en cuenta la perfecta estructura gramatical de la que goza la cláusula controvertida. Ello, unido a inexistencia de factores de distorsión cercanos a la misma, -exceptuando el hecho de que se encuentra redactada junto con la cláusula techo en aras a crear en la Sra. Agudo una falsa apariencia de contraprestación o factor de equilibrio por parte de la entidad bancaria- conllevará la superación de dicho control.

En segundo lugar, en lo que a control de contenido se refiere, partimos de la base del carácter de empresario que ostenta Doña Rosario, criterio que va a determinar la inaplicación de dicho control y, en consecuencia, la limitación de la declaración de abusividad a los resultados del control de incorporación.

En conclusión, la eventual presentación de una demanda por parte de nuestra cliente contra la entidad bancaria *Banco El Cierzo*, no conllevaría la estimación de nuestras pretensiones en lo relativo a la declaración de abusividad de la cláusula suelo por medio del doble control de transparencia, no obstante, procederemos al estudio de posibles vías a través de las cuales la Sra. Agudo podría ver estimadas sus pretensiones, siéndole reintegrado de este modo la cuantía abonada a la entidad *Banco El Cierzo* en concepto de cláusula suelo.

3. OTROS POSIBLES PARÁMETROS PARA DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO

3.1. La buena fe como parámetro

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente razonado en el presente Dictamen, debemos asumir que los juzgados y tribunales no van a aplicar a nuestro representado el control de transparencia anteriormente estudiado. No obstante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estableció en su sentencia de 3 de junio de 2016 un matiz que, desde

el punto de vista doctrinal⁴⁴, puede ser fundamental para dar una alternativa a los empresarios: la buena fe como parámetro de interpretación contractual.

Se trata de una cuestión que ha sido reiterada por el Tribunal en diversas ocasiones. Ejemplo de ello serían las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en fecha de 18 de enero de 2017⁴⁵ o 30 de enero⁴⁶ del mismo año.

El Alto Tribunal ha determinado en la citada sentencia que debe tenerse en cuenta la regulación establecida en el Código Civil y el Código de Comercio referente a la buena fe. Concretamente, dispone que “... *hemos de tener en cuenta que 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. Para ello, puede considerarse que 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...*”. Es decir, sería posible eliminar del contrato de nuestra cliente la cláusula que impone un límite mínimo a la variación del interés, al tratarse de un precepto que establece un pacto contrario a lo esperado por el adherente no consumidor, puesto que la Sra. Agudo firmó un tipo de interés variable con la finalidad de poder beneficiarse de las posibles variaciones del Euribor. Se trata por lo tanto, de determinar si las legítimas expectativas del adherente fueron o no defraudadas a raíz de la inclusión de dicha cláusula.

También debemos prestar especial atención al modo en que dichas cláusulas fueron introducidas, ya que la Sala Civil del Tribunal Supremo utiliza la expresión “*modificar subrepticamente*”, en otros términos, tendremos que analizar el modo y contexto en que tales cláusulas han sido incluidas⁴⁷, puesto que estos aspectos pueden haber dificultado el conocimiento de su existencia, así como la comprensión de la misma. En nuestro caso, la disposición que contenía el límite mínimo de variación del

⁴⁴ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” *cit...* Págs. 11 y ss.

⁴⁵ Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de fecha de 18 de enero. Número de resolución: 30/2017.

⁴⁶ Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de fecha de 30 de enero. Número de resolución: 57/2017.

⁴⁷ VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Págs. 3 y ss.

Euribor, era un precepto único, junto con el que se determinaba el límite máximo del tipo de interés, contexto que, según el Alto Tribunal, no es suficiente para declararla contraria a las exigencias de la buena fe, y por ende, abusiva.

Sin embargo, no puede determinarse que una cláusula sea contraria a la buena fe por su contexto exclusivamente, sino que deberán tenerse en cuenta diversos criterios que, poco a poco, la doctrina⁴⁸ está determinando. Hasta el momento, son tres los parámetros cuyo estudio parece ser bastante razonable; atender a lo que las partes del contrato negociaran y debatieran antes de la firma del contrato, analizar la experiencia y los conocimientos del adherente no consumidor en el ámbito bancario y financiero y, finalmente, tener en cuenta la diligencia del empresario.

En primer lugar, se debe atender a lo que las partes del contrato negociaran y debatieran antes de la firma del contrato. Se trata, desde el punto de vista doctrinal, de uno de los criterios más relevantes a la hora de analizar si el predisponente actuó o no con buena fe, por ser el que más puede influir en las expectativas del empresario adherente. Esto es así, porque si la entidad bancaria hubiera informado de la presencia de una cláusula suelo, cuya función es en definitiva, establecer un límite mínimo del tipo de interés aplicable a la deuda, el adherente no podrá alegar mala fe al haber sido informado previamente de la existencia y función de la mencionada cláusula. De hecho en las sentencias anteriormente mencionadas del Tribunal Supremo; las de 3 de junio de 2016, 18 de enero de 2017 y 30 de enero de 2017, se alude a la existencia de negociaciones entre las partes, como parámetro esencial para determinar la concurrencia de buena fe.

Teniendo en cuenta lo aquí examinado, Doña Rosario, no podría alegarse inexistencia de buena fe, puesto que no sólo fue informada de la presencia de la cláusula suelo, sino que además y como consta en la escritura pública, la Sra. Agudo pudo haber analizado durante los tres días previos a la firma del contrato, todas las cláusulas del mismo al habersele ofrecido una copia de éste con la finalidad de que examinara todas y cada una de las obligaciones que conllevaba el contrato de préstamo de garantía hipotecaria. Pese a ello, la Sra. Agudo rechazó esta oportunidad. Cuestión que torna compleja la posibilidad de alegar falta de buena fe por parte del prestamista.

⁴⁸RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” *cit...* Págs. 11 y ss.

En segundo lugar, la doctrina también hace referencia a la experiencia y los conocimientos del empresario en el ámbito bancario y financiero, así como al tamaño de la empresa. Es decir, el tribunal debería tener en cuenta el ámbito profesional del adherente, así como la frecuencia con la que realiza este tipo de operaciones con una entidad bancaria.

Este aspecto es tenido en cuenta por la Audiencia Provincial de Cáceres en su sentencia de 18 de noviembre de 2016⁴⁹, la cual ya aplica la doctrina establecida en la reiterada sentencia de 3 de junio de 2016. Audiencia Provincial que, en un principio, se pronunciaba a favor de los pequeños empresarios que firmaron una hipoteca con cláusula suelo, pero que se vio obligada a modular su criterio mantenido hasta el momento tras el pronunciamiento llevado a cabo por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio.

En nuestro caso, la Sra. Agudo era propietaria de un pequeño restaurante y delegaba las funciones legales y económicas a un despacho de abogados de Zaragoza, luego ni estaba habituada a realizar este tipo de operaciones con entidades financieras, ni su actividad estaba relacionada con dicho ámbito. Además también debemos tener en cuenta que la Doña Rosario carece de estudios relacionados con esta materia. Por lo tanto, podríamos concluir que este criterio podría ser alegado en una posible demanda.

Finalmente, Ruiz Martínez fija un tercer criterio⁵⁰: la diligencia del adherente es decir, determinar si el desconocimiento de la cláusula fue fruto de la mala fe del predisponente, o por el contrario, si fue por falta de atención del empresario. Para ello, el Tribunal debería analizar principalmente factores como la información puesta a disposición por parte de la entidad bancaria y la exhaustividad de la misma. Llegados a este punto, conviene recordar que es el banco quien debe probar si hubo o no puesta a disposición de información suficiente y si hubo o no negociación entre las partes, tal y como determina el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta que hay casos, como es el que nos ocupa, en los que el banco se limita a dar una sucinta información de forma oral al cliente, hecho

⁴⁹ Sentencia de por la Audiencia Provincial de Cáceres en su sentencia de 18 de noviembre de 2016. Número de resolución 437/2016.

⁵⁰ RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios...” *cit...* Pág. 17.

que no permite probar la razón del desconocimiento de la cláusula. Además, no se debe olvidar la posibilidad que la entidad bancaria brindó a Doña Rosario, de analizar las cláusulas contrato durante los tres días previos a la firma del mismo.

En este aspecto, también ha de tenerse en cuenta el fundamental papel de los notarios en el momento de perfeccionar el contrato de préstamo hipotecario, quienes están obligados a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable especialmente, según el Alto Tribunal su sentencia de 9 de mayo de 2013, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Este deber se encuentra regulado en la ya citada Orden Ministerial de protección y transparencia de 2011, en cuyo capítulo II hace referencia a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Es su artículo 30.3 concretamente el que establece los deberes de esta figura, quien deberá en primer lugar, comprobar que el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la información referente al contrato que va a ser firmado, y en su caso, valorar si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito. Además, en caso que el préstamo vaya a ser otorgado a un tipo de interés variable, el párrafo tercero de la letra b del citado precepto establece que en particular, el notario consignará en la escritura pública esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informando en todo caso de las consecuencias que conlleva la inclusión de la misma y la diferencia existente entre los límites al alza y a la baja.

En el caso que nos ocupa, la Sra. Agudo fue informada brevemente por el notario quien apenas incidió en las consecuencias que podían derivarse de la cláusula suelo.

No obstante, volviendo a la materia de estudio del presente apartado, los citados criterios son los que se están teniendo en cuenta actualmente, por parte de la doctrina, al no existir de momento una jurisprudencia consolidada. Con todo ello lo que se pretende probar es que el empresario adherente desconocía la cláusula suelo por causas no imputables a él.

En conclusión, probar la ausencia de buena fe por parte de la entidad bancaria, sería la vía que ofrece mayores garantías para poder reclamar la nulidad de las cláusulas

suelo en contratos de préstamo con garantía hipotecaria entre empresarios. Esto se debe principalmente, a que ha sido la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo quien lo ha establecido en reiterada jurisprudencia, vinculando de este modo a todas las Audiencias Provinciales.

Por lo tanto, si la entidad bancaria cumplió diligentemente con su deber de información, es decir, proporcionó según la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo información con un nivel suficiente para que Doña Rosario Agudo pudiera conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del préstamo, no podrá entenderse quebrantado el principio de buena fe, y por ende, no podrán ser reclamadas las cuantías que el *Banco El Cierzo* adquirió en tal concepto.

3.2. Acerca de la configuración de un nuevo principio

Finalmente, no podemos obviar la iniciativa propuesta por el Excelentísimo Señor Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, realizada en el voto particular formulado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 y reiterado en sucesivas sentencias⁵¹, donde justifica y fundamenta el ideal de la transparencia como un nuevo principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales. Don Francisco Javier Orduña Moreno, discrepa concretamente con la justificación llevada a cabo por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto en los que desarrolla las razones, anteriormente expuestas, por las cuales no debe procederse a la extensión del control de transparencia a las contratación bajo condiciones generales de la contratación entre empresarios.

Desde el punto de vista del Magistrado, la cuestión objeto de debate en la sentencia, es decir, la aplicación del control de transparencia o de contenido, puede y debe ser resuelta desde la aplicación e interpretación de la normativa existente partiendo

⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha de 18 de enero de 2017 número de resolución 30/2017 y Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2017 57/2017.

de los valores que la informan. Esto se debe principalmente a que la normativa existente no prohíbe expresamente la aplicación extensiva del control objeto de debate.

Junto a ello, critica por un lado el razonamiento llevado a cabo por la Sala de lo Civil acerca de limitación de la aplicación del control de transparencia dependiendo del ámbito legal al que pertenece el contrato, civil o mercantil y por otro, la asimilación técnica de los conceptos de transparencia y abusividad. Asimilación que desde el punto de vista del Magistrado resulta incorrecto y debe ser corregido, puesto que se trata de dos conceptos que hacen referencia a dos realidades distintas, siendo la abusividad la posible calificación de la cláusula una vez realizado el control de transparencia o contenido, y la transparencia el objeto concreto de dicho control.

Por su parte, el Magistrado entiende que la noción jurídica de la transparencia debería ser considerada como principio general del derecho, permitiendo de este modo la extensión del control de contenido a la contratación entre empresarios. De hecho entiende que la propia LCGC establece los criterios de ampliación del control de transparencia a todos los adherentes, independientemente de que ostenten o no el carácter legal de consumidor.

Concretamente hace referencia a dos criterios: la situación de inferioridad y la reacción del ordenamiento ante las cláusulas abusivas⁵². Con situación de inferioridad, hace referencia a aquella posición jurídica en que se encuentra todo adherente en la contratación bajo condiciones generales, la cual emana del carácter impositivo de las cláusulas predispuestas por la entidad en este caso, y en la escasez informativa acerca de las consecuencias de las cláusulas impuestas. Junto a ello, determina que la reacción del ordenamiento ante cláusulas de mismo fondo y contenido ha de ser por lo tanto, la misma, al vulnerar determinados bienes jurídicos que deben ser protegidos en la contratación bajo condiciones generales –contratación en masa-. Por lo tanto, el concepto normativo de transparencia debe ser apreciado de igual modo, sin necesidad de analizar la condición que ostenta la parte adherente, siempre y cuando se trate de cláusulas que no han sido negociadas individualmente, sino que han sido redactadas con anterioridad y el adherente no ha podido influir sobre su contenido. Es decir, lo que realmente debe tenerse en cuenta, según el Excelentísimo Señor Magistrado Don

⁵² VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales...”, *cit...* Pág. 5.

Francisco Javier Orduña Moreno, no es la condición que ostente el adherente, sino el carácter no negociador de la cláusula. Si esto fuera así, la Sra. Agudo podría reclamar primero extrajudicialmente, y posteriormente, ante los juzgados, la cuantía abonada en concepto de cláusula suelo de su préstamo con garantía hipotecaria.

Finalmente, el Magistrado afirma que nuestro ordenamiento jurídico ya recoge la extensión del control de contenido en la reciente Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁵³, en cuyo artículo 9 prevé el control de abusividad entre empresas, estableciendo la nulidad de aquella cláusula contractual que resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor, teniendo en cuenta las circunstancias del acreedor, entre las que se encuentra recogida “*Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal*”. Es decir, el Don Francisco Javier Orduña Moreno, concibe este precepto como una posible vía para declarar la abusividad, y consecuentemente, la nulidad de las cláusulas suelo de contratos de préstamo con garantía hipotecaria como el de la Sra. Agudo.

En conclusión, el Excelentísimo Señor Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, afirma que no hay criterios de fundamentación técnica que permitan excluir el control de abusividad de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales, y mucho menos los hay desde el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, ya que la LCGC, no solo sienta las bases de un eventual control de abusividad de la normativa predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente, sino que además, justifica la regulación del mismo como una respuesta contra el clausulado abusivo por ser injusto, y vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la regulación predispuesta.

De este modo, se demuestra la necesidad de configurar la transparencia como un nuevo principio jurídico de la contratación bajo las condiciones generales, un principio que según el Señor Magistrado responde al ideal social de lo justo y la transparencia, “y que sin duda, va a mejorar la protección a todos los ciudadanos”⁵⁴.

De estos fundamentos jurídicos surgen y resultan las siguientes

⁵³Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21830>

⁵⁴ Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016. Número de resolución 380/2016.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.-

Con la finalidad de obtener un completo concepto de cláusula abusiva, este trabajo no se ha limitado al estudio de la misma desde la perspectiva del empresario, sino que también ha tenido en cuenta la normativa que delimita su ámbito subjetivo a aquellos adherentes que ostentan el carácter legal de consumidor, pese al conocimiento de que Doña Rosario no puede ser considerada como tal, dadas las circunstancias del caso objeto de estudio.

Del estudio realizado a lo largo del trabajo, puede concluirse que para determinar la eventual abusividad de una cláusula deben analizarse cuatro factores: su contenido, su carácter impositivo e innegociable, las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, y el sujeto adherente.

En primer lugar, el juez nacional que conozca del caso, debe estudiar el contenido de la cláusula controvertida, es decir, deberá determinar si la obligación impuesta a través de la cláusula es contraria a las exigencias de la buena fe y/o causa un desequilibrio importante. Para ello, deberá realizar un análisis comparativo en el que valore si el contrato que ha sido firmado deja al adherente en una posición jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional. Junto a ello, se deberá prestar atención al modo en que la cláusula fue introducida en el contrato, incidiendo en si ésta ha sido redacta previamente por el predisponente, o por el contrario, el adherente ha podido influir sobre su contenido. Además, también debe tenerse en cuenta el momento y las circunstancias que concurren durante la celebración del contrato. En este aspecto deberá estudiarse factores como la evolución previsible de las circunstancias, los conocimientos en materia económica y bancaria por parte del adherente o la naturaleza de los bienes y servicios objetos del contrato.

No obstante, pese al hecho de que los factores brevemente referenciados en el párrafo anterior, puedan determinar una aparente abusividad, debe tenerse en cuenta que para que una cláusula pueda ser finalmente considerada abusiva, el adherente deberá ostentar el carácter legal de consumidor. Sin embargo, como ha quedado demostrado a lo largo de este dictamen, Doña Rosario no ostenta dicha condición, sino

que desde la perspectiva jurídica la Sra. Agudo es considerada como empresaria al haber solicitado el préstamo con el objeto de cerrar el local, es decir, al haber integrado el objeto del contrato dentro de su actividad empresarial. Por lo tanto, la eventual abusividad de la cláusula incorporada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria tan solo podría ser declarada desde una perspectiva objetiva, es decir, sin tener en cuenta su condición de empresaria.

No obstante lo anterior, es indudable el carácter innegociable y predispuesto de la cláusula suelo, cuyo contenido causa un desequilibrio en la posición jurídica y económica entre las partes. Además, no debe olvidarse que dicha cláusula ha sido incorporada a una pluralidad de contratos por parte de *Banco El Cierzo*, lo que nos permite calificarla como de condición general de la contratación y, en consecuencia, limitar la protección de Doña Rosario a la establecida en la LCGC debido al ámbito objetivo y subjetivo de la misma.

SEGUNDA.-

Una vez determinado el carácter de condición general de la cláusula controvertida, se ha analizado la posibilidad de que ésta sea abusiva. Para ello, ha sido necesario realizar un doble control de transparencia como el que efectuaría el juez en caso de que se llegara a interponer la demanda.

Este doble control consiste como ya se ha determinado con anterioridad, en un primer control denominado control de inclusión o incorporación, y un segundo denominado control de transparencia o contenido.

En primer lugar el juez efectuaría el control de inclusión o incorporación, mediante el cual se analiza la mera transparencia documental o gramatical de las condiciones generales. Se trata de un control cuya regulación se encuentra recogida en la LCGC, normativa, que como se ha estudiado anteriormente, es de aplicación tanto a consumidores como a empresarios. Sin embargo, se trata de un análisis muy limitado, ya que el juez tan sólo va a examinar la redacción de las cláusulas, haciendo especial hincapié en la transparencia, claridad, concreción y sencillez, es decir, el juez deberá pronunciarse sobre la lógica gramatical y léxica, así como la comprensibilidad de las condiciones generales que aceptó mediante la firma del contrato. Por lo tanto, una vez

estudiada la estructura léxica y gramatical el juez, en caso de una eventual demanda, determinaría la comprensibilidad gramatical, declarando en consecuencia, la superación del control de incorporación.

Esto se debe al restrictivo objeto del control de inclusión, el cual no permite estudiar el desequilibrio que se causa en el reparto de los riesgos entre las partes, factor realmente determinante en estos casos. Dicho desequilibrio en la posición jurídica y económica que puede darse entre las partes, escapa a este primer control, debiendo ser el control de transparencia o contenido el que deba valorar este aspecto.

Por lo tanto, en segundo lugar el juez deberá realizar el segundo control denominado control de transparencia o contenido, el cual fija su objeto en el estudio del significado de la cláusula, es decir, analiza las consecuencias jurídicas y patrimoniales que el adherente asume con la firma del contrato. Asimismo, mediante este control se estudiará si la parte adherente, tuvo o pudo tener conocimiento de la carga económica y jurídica que implicaba el contrato, o si por el contrario, la información obtenida provocó una alteración entre la realidad y la representación que el firmante realizó a partir de las condiciones del contrato.

No obstante, la protección otorgada a través de la práctica de este control, no es de aplicación a todas las partes adherentes, sino que, pese a que la Exposición de Motivos de la LCGC hace referencia a la posible existencia de cláusulas abusivas en contratos firmados entre empresarios, lo cierto es que su fundamento legal, queda recogido en el TRLGDCU, circunstancia que restringe la aplicación de este segundo control a aquellos adherentes que ostentan la condición legal de consumidor y, por ende, imposibilita la aplicación del mismo al caso que nos ocupa. Junto a este argumento, el Tribunal Supremo ha añadido que también debe tenerse en cuenta el hecho de que se trata de un control que sólo tendría sentido en caso de que, posteriormente, se realizara un control de abusividad, control que de nuevo queda delimitado a aquellos adherentes que ostentan la condición de consumidor.

Por todo ello debemos concluir que, tanto el control de contenido como el control de transparencia no ofrecen las garantías necesarias para interponer una demanda ante el juzgado competente con la finalidad de que se declare la abusividad, y

en consecuencia, la nulidad de una cláusula suelo en un contrato cuya parte adherente es un empresario.

TERCERA.-

Pese a todo lo determinado hasta el momento, si que existe la posibilidad de que la cláusula suelo de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sea declarada abusiva y, por ende, nula en aquellos casos en los que la parte adherente ostenta el carácter legal de empresario.

Como ya se ha indicado con anterioridad, nuestro Alto Tribunal reconoce la posibilidad de que tales cláusulas sean declaradas abusivas por ser contrarias a las exigencias de la buena fe. La complejidad de este punto reside en fijar los criterios conforme a los cuales ha de entenderse que una cláusula es abusiva. Se trata de una tarea ardua que ya está siendo desarrollada por la doctrina, quien parece haber fijado al menos, cuatro de estos factores cuya base reside en el deber de información que las entidades bancarias han de respetar.

Concretamente han fijado criterios como: el contexto contractual de la cláusula, la negociación previa a la firma del contrato, la experiencia y conocimientos del adherente y, finalmente, atender a la diligencia del empresario.

Sin embargo, todos ellos no son suficientes para declarar la abusividad de la cláusula controvertida en el caso que nos ocupa. Esto se debe a que, a pesar del contexto contractual donde se halla la cláusula suelo –a estos efectos debe recordarse que en la misma disposición contractual se determina la cláusula suelo y techo- y la falta de conocimientos por parte de Doña Rosario en materia financiera, no puede determinarse que la actuación de la entidad bancaria haya sido contraria a la buena fe.

Esto es así porque, junto con estos dos factores, debe tenerse en cuenta circunstancias adicionales como puede ser la oferta, por parte de *Banco El Cierzo*, de una copia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria para que la Sra. Agudo analizase durante los tres días previos a la firma del contrato, todas y cada una de las obligaciones económicas y jurídicas que conllevaba dicho contrato y, asimismo, plantease todas aquellas cuestiones que le pudieran surgir. Además, debe tenerse en cuenta también, que la información ofrecida a Doña Rosario fue de forma oral, lo que nos sitúa en una clara posición de desventaja, al no poder probar que la información ofrecida por la entidad bancaria a la Sra. Agudo fue claramente insuficiente.

De todo ello puede concluirse que *Banco El Cierzo* cumplió diligentemente con su deber de información, es decir, proporcionó un nivel de información adecuado para que Doña Rosario pudiera conocer las consecuencias económicas y jurídicas que emanaban del contrato firmado y, en consecuencia, los posibles efectos futuros del mismo, frustrando así, la único modo posible de declarar judicialmente el carácter abusivo de cláusula.

Junto a ello, no debe olvidarse la iniciativa propuesta por el Excelentísimo Señor Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, quien a través de su voto particular en la sentencia de 3 de junio de 2016 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, trata de justificar la idea de que la noción jurídica de la transparencia, dado del contexto social en el que nos encontramos, debería ser considerada como principio general del derecho, y en consecuencia, extender el control de contenido a la contratación entre empresarios. Sin embargo, este razonamiento todavía no ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Supremo que, a día de hoy, continúa negando la aplicación del mencionado control a todos aquellos adherentes que, al solicitar el reingreso de la cuantía abonada en concepto de cláusula suelo, ostenten la condición legal de empresario de acuerdo a lo establecido en el TRLGDCU.

CUARTA.-

Teniendo en cuenta todo el razonamiento jurídico llevado a cabo a lo largo del presente dictamen, y con la finalidad de responder a la última cuestión planteada por Doña Rosario en la que se plantea si realmente le es rentable la interposición de una eventual demanda, debemos advertir que dado el limitado objeto de análisis del control de inclusión y la inaplicación del control de contenido a aquellos contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que la parte adherente ostenta la condición legal de empresario, la posibilidad de que nuestras pretensiones sean estimadas en un eventual proceso judicial son muy limitadas, y por esta razón se recomienda a la Sra. Agudo que se abstenga de la interposición de una eventual demanda.

Este es mi Dictamen, que gustosamente someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Y para que así conste, lo firmo en Zaragoza, a 12 de diciembre de 2017.

V. BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales:

- AKBIEZ DOHRMANN, H.J., “Transparencia, nulidad de una clausula suelo y actos propios en un préstamo bancario suscrito con un empresario individual”, en *La Ley mercantil*, N°35, Sección Empresa y empresario, abril 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- BALLUGERA GÓMEZ,C., “Control de transparencia registral en la hipoteca” en *Diario la Ley*, N° 8839, Sección Doctrina, octubre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- CAÑIZAREZ LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, Editorial Estudios, pp. 67-105
- FRADE HEVIA, M.I., “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (Cláusula suelo) (1)”en *Actualidad Civil*, N°8, Sección A Fondo, Quincea, abril de 2012, Editorial Wolters Kluwer tomo 1.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas” en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, julio 2015, Editorial Lefebvre.
- JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, K., “Transparencia, nulidad de una cláusula suelo y actos propios en un préstamo bancario suscrito con un empresario individual (SAP Álava Sección 1ª, 15 de marzo de 2017)” en *La Ley mercantil*, N°35, Sección Empresa y empresario, abril 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- LARGO GIL R. y HERNÁNDES SAINZ E., *Derecho Mercantil II Derecho del mercado financiero y derecho concursal. Lecciones y actividades de aprendizaje. Vol. II*, 3º Edición, Kronos Editorial, 2017.
- ORDUÑA MORENO F.J., *Control de transparencia y contratación bancaria : régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

- RUIZ MARTÍNEZ, F.A., “La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios: un estudio jurisprudencial.”, en *Diario la Ley*, N° 8967, Sección Doctrina, abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- VAZQUEZ GARCÍA, D., “Cláusulas suelo en préstamos concertados por profesionales: reiteración de la doctrina de la Sala 1ª Tribunal Supremo. Comentario a las Sentencias 30/2017 de 28 de enero y 57/2017 de 30 de enero.”, en *Actualidad Civil*, N°3, Sección Protección de los consumidores/ Estudio de jurisprudencia, marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., “Autónomos y grandes empresarios en la contratación seriada”, en *Diario La Ley*, N°8419, Sección Tribuna, noviembre 2014, Editorial La Ley.

1. JURISPRUDENCIA

1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013: «Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación». En el asunto C-415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil no 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de enero de 2014: «Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Contrato de compraventa de inmueble – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación» En el asunto C-226/12, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante resolución de 7 de mayo de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de mayo de 2012.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015. «Procedimiento prejudicial — Directiva 93/13/CEE — Artículo 2, letra b) — Concepto de “consumidor” — Contrato de crédito

celebrado por una persona física que ejerce la abogacía — Devolución del crédito garantizada con un inmueble perteneciente al bufete de abogado del prestatario — Prestatario que tiene los conocimientos necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula antes de la firma del contrato». Asunto C-110/14.

1.2. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009. Número de resolución 99/2009.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. Número de resolución 406/2012.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, número de resolución 241/2013.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2015. Número de resolución 688/2015.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016. Número de resolución 380/2016.
 - o Auto aclaratorio del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016. Número de resolución 367/2016: 2550/2016.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017. Número de resolución 30/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2017. Número de resolución 57/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017. Número de resolución 224/2017.

1.3. Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 18 de octubre de 2016. Número de resolución 579/2016.
- Sentencia de por la Audiencia Provincial de Cáceres en su sentencia de 18 de noviembre de 2016. Número de resolución 437/2016.

1.4. Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla de fecha 30 de septiembre de 2010. Número de resolución 348/2010.
- Sentencia del Juzgado de los Mercantil nº1 de León de fecha 11 de marzo de 2011. Número de resolución 6/2011.
- Sentencia Civil, Juzgado de Primera Instancia, Vitoria- Gasteiz, Sección 7, de 27 de octubre de 2016. Número de resolución 200/2016.

2. TEXTOS LEGALES

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.