

# Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios.

Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016.

## Francisco Pertíñez Vílchez

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Granada

### **Abstract**

*La STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769, MP: Pedro José Vela Torres) confirma que el control de transparencia de las cláusulas no negociadas relativas al objeto principal del contrato no resulta de aplicación a las relaciones contractuales entre empresarios. Sin embargo, la misma sentencia reconoce que el principio general de buena fe del art. 1.258 CC puede ser un parámetro para enjuiciar la validez de cláusulas no negociadas en contratos con un adherente empresario, al menos en relación a aquellas cláusulas que supongan una frustración de sus expectativas legítimas respecto del contenido del contrato, como puede ser, según los casos, una cláusula suelo incorporada a un contrato de préstamo sin la suficiente información. Con esta doctrina se está admitiendo la aplicación de la denominada regla de las cláusulas sorprendentes en contratos entre empresarios. No obstante, la aplicación de este nuevo criterio debe realizarse con prudencia para evitar que por esta vía se introduzca en contratos con adherentes empresarios el mismo control de transparencia previsto para los contratos con consumidores, que la misma STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) ha excluido expresamente. En este artículo nos proponemos analizar cuáles son los presupuestos y requisitos para poder declarar ineficaz ex art. 1.258 CC una cláusula suelo en un contrato con un prestatario empresario por suponer una frustración de sus expectativas legítimas, teniendo en cuenta las particularidades de la contratación entre empresarios.*

*STS, 1st, 06.03.2016 (Ar 128,769, MP. Pedro Jose Vela Torres) confirms that the control of transparency of standard clauses relating to the main object of the contract does not apply to contractual relations between entrepreneurs. However, that same judgment recognizes that the general principle of good faith of Art. 1258 CC may be a parameter to judge the validity of non-negotiated clauses in contracts with a business, at least in relation to those clauses involving frustration of legitimate expectations regarding the content of the contract, such as, when appropriate, a 'floor clause' is incorporated into a loan agreement without sufficient information. This doctrine admits the application of the so-called rule of surprise clauses in contracts between entrepreneurs. However, this new criterion should be applied with caution to prevent this same control of transparency provided for in consumer contracts being introduced into contracts between businesses. In this article we analyse the presuppositions and requirements which will declare invalid ex Art. 1,258 CC a floor clause in a contract with a business borrower to entail a frustration of their legitimate expectations, taking into account the particular nature of contracts between entrepreneurs.*

*Title: Good faith ex art. 1.258 Spanish civil code and nullity of the surprising floor clauses in loan contracts with a business*

*Keywords: Good faith, unfair terms, mortgage loans, floor clauses, business to business contracts*

*Palabras clave: Buena fe, cláusulas abusivas, préstamos hipotecarios, cláusulas suelo, contratos entre empresarios*

BARCELONA, OCTUBRE 2016

## *Sumario*

1. Introducción
2. Control de transparencia y requisitos de incorporación en los contratos con adherentes empresarios
3. Control de transparencia y buena fe ex art. 1.258 CC en contratos de préstamo con empresarios
  - 3.1. La buena fe del art. 1.258 CC como parámetro de validez de las condiciones generales en contratos con empresarios
  - 3.2. La buena fe del art. 1.258 como límite a las condiciones generales sorpresivas en contratos con adherentes empresarios
  - 3.3. Las expectativas legítimas sobre el precio del crédito
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

## 1. Introducción

La doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia en las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario instaurada por la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), conforme a la cual son nulas por abusivas las cláusulas que pese a ser claras y comprensibles impliquen una alteración del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al prestatario, ha conectado la falta de transparencia de estas cláusulas con la consecuencia jurídica de la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores de los arts. 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007) (en adelante TR-LGDCU). En consecuencia, el prestatario no consumidor no puede invocar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia. Así lo ha confirmado la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769, MP: Pedro José Vela Torres) al afirmar que “este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores”.

Aclara de esta manera la citada resolución que la exclusión del control de las cláusulas abusivas en los contratos con adherentes empresarios que habían proclamado sin matices ni vacilaciones las precedentes STS, 1ª, 10.3.2014 (Ar. 1467, MP: Francisco Javier Orduña Moreno), STS, 1ª, 28.5.2014 (Ar. 3354, MP: Francisco Javier Orduña Moreno), STS, 1ª, 7.4.2014 (Ar. 2184, MP: Francisco Javier Orduña Moreno) y la STS, 1ª, 30.4.2015 (Ar. 2019, MP: Rafael Sarazá Jimena) no admite una excepción en el supuesto de que la cláusula sea abusiva no por razón de su contenido objetivamente desequilibrado sino por una falta de transparencia, lo cual es coherente con la opción seguida por nuestra Jurisprudencia de conectar la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato con el supuesto de las cláusulas abusivas, pues el denominado control de transparencia no es un “tertium genus” entre los requisitos de incorporación y el control de contenido, sino una modalidad de control de contenido, en el que el abuso consiste en la alteración subrepticia del equilibrio entre precio y contraprestación en los términos en los que el consumidor legítimamente se lo había representado a partir de la información precontractual proporcionada<sup>1</sup>.

La exclusión de los contratos de préstamo con empresarios del ámbito del control de transparencia, en los términos en los que ha sido descrito por la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) y por las posteriores sentencias sobre las cláusulas suelo, implica que la persona física o jurídica que ha concertado un préstamo con un propósito que no es ajeno a su actividad empresarial o profesional, con independencia de cuál su experiencia, su estructura societaria, el asesoramiento jurídico con el que cuenta o su volumen de negocio, no podrá invocar el carácter abusivo de una cláusula suelo por no haber superado la misma el

---

<sup>1</sup> Sobre la naturaleza del control de transparencia como un supuesto de control de contenido de cláusulas abusivas (PERTÍÑEZ, 2013, págs. 22 a 24).

estándar de transparencia previsto para los contratos de préstamo con consumidores por aquella Jurisprudencia, que resumidamente tiene por finalidad que el consumidor pueda conocer con sencillez la existencia de la cláusula suelo y su posible trascendencia sobre el coste del crédito durante la vida del préstamo para que pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa, lo que aunque sea a modo de parámetros meramente indicativos se concreta en circunstancias tan exigentes como proporcionar al consumidor “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar”, “el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad” o informar sobre “el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo”.

Sin embargo, que los prestatarios empresarios no puedan invocar el carácter abusivo de una cláusula suelo por falta de transparencia no quiere decir que la falta de información sobre la inclusión de estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario con empresarios se convierta sin más en un indiferente jurídico, pues su ineficacia bien pudiera fundarse en otras normas del ordenamiento en las que la omisión de información o la falta de transparencia fuese un elemento constitutivo de su supuesto de hecho, como es el caso obviamente de los requisitos de incorporación, con sus limitaciones, (arts. 5 y 7 Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE nº 89, de 14.4.1998) (en adelante, LCGC)), del error vicio (art. 1.266 CC), del deber de respetar las expectativas legítimas derivadas de la buena fe conforme al art. 1.258 CC o incluso de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares respecto de las condiciones generales (art. 6.1 LCGC).

Entre las normas del derecho general de contratos que podrían fundamentar una declaración de nulidad de una cláusula suelo no negociada en contratos de préstamo en los que el prestatario fuese un empresario, parecería estar llamada “prima facie” a tener un papel preponderante el vicio de error (art. 1.266 CC), por cuanto que el desconocimiento de la cláusula suelo podría dar lugar a un error en el prestatario, que por recaer sobre las prestaciones principales del mutuo remuneratorio (el pago de intereses nominales) podría ser esencial<sup>2</sup> y, además, según las circunstancias de cada caso, este error podría ser también excusable. Sin embargo, la concurrencia de error vicio conlleva como consecuencia la ineficacia total del contrato y la restitución recíproca de las prestaciones (art. 1.303 CC). En consecuencia, la opción de anular el contrato en muchas ocasiones no es una opción razonable para el prestatario, puesto que tras la oportuna compensación entre los dos créditos que nacen recíprocamente de la nulidad del contrato, tendría que restituir una importante suma de dinero a la entidad prestamista, al menos mientras no se admita en nuestro ordenamiento que el error vicio pueda tener como consecuencia la nulidad parcial, cuando este afecte sólo a una parte del contrato, sin dejar por ello de ser esencial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> (Pagador, 1999 a, pág. 5) sostiene que el error es esencial cuando recae sobre el desconocimiento de condiciones generales que pese a ser predispuestas, regulan extremos atinentes a los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales el cliente se ha forjado expectativas legítimas y razonables que han coadyuvado a forjar su decisión de contratar.

<sup>3</sup> El Draft Common Frame of Reference (DCFR art. II-7:213) ha previsto como consecuencia natural de la concurrencia de un vicio del consentimiento que afecte sólo a una parte del contrato la anulación parcial,

Queda entonces el recurso a la buena fe ex art. 1.258 CC como la vía más adecuada para expulsar de los contratos de adhesión entre empresarios aquellas cláusulas no negociadas, que por una falta de transparencia en su inclusión en el contrato supongan una frustración de las expectativas legítimas del adherente respecto del contenido del mismo, como puede ser el caso de las cláusulas suelo en cuanto que ésta suponga una alteración significativa del precio del préstamo que legítimamente creía haber consentido el prestatario.

Esta idea ha sido acogida por la STS 3.6.2016 (Ar. 128769), que tras negar que la cláusula suelo en contratos de préstamo con empresarios pudiera estar sujeta al control de transparencia en los términos descritos por la STS, Sala 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088), somete la referida cláusula a un juicio de conformidad a la buena fe ex art. 1.258 CC, por lo que se utiliza en nuestra Jurisprudencia por primera vez este precepto como una “norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato” en contratos de adhesión con empresarios, al menos en relación a aquellas cláusulas que modifiquen subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado. Ello a pesar de que la precedente STS, Sala 1ª, 30.4.2015 (Ar. 2019) parecía haber negado categóricamente la posibilidad de recurrir al art. 1.258 CC para fundamentar la nulidad de cláusulas no negociadas en contratos con adherentes empresarios.

A partir de la meritada STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769), la buena fe ex art. 1.258 CC puede ser una puerta abierta a la ineficacia de cláusulas no negociadas en contratos con adherentes empresarios en relación a aquellas cláusulas que supongan una alteración de las expectativas legítimas del adherente respecto del contenido del contrato. La citada sentencia STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769), resolviendo el caso concreto, consideró que la cláusula suelo no resultaba contraria a la buena fe, por cuanto que era un hecho probado en la instancia que había habido negociación entre las partes y que la prestataria fue debidamente informada de la cláusula suelo y su funcionamiento, por lo que su inclusión no frustró ninguna expectativa legítima del prestatario respecto del coste del crédito<sup>4</sup>. A pesar de ello, la doctrina fijada por esta sentencia –que además es del Pleno– supone un cambio de perspectiva en el enfoque del control de las cláusulas suelo y, en general, de todas las cláusulas relativas al objeto principal de los contratos de adhesión suscritos con empresarios, por atribuir a la falta de transparencia sobre estas cláusulas una relevancia jurídica que va más allá del limitado ámbito de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato o de la anulación del contrato por vicio de error esencial y excusable.

---

salvo que teniendo en cuenta todas las circunstancias, no sea razonable mantener el resto del contrato. La nulidad parcial del contrato como consecuencia del error vicio del consentimiento ha sido admitida por alguna audiencia provincial en relación a los préstamos hipotecarios suscritos en divisas, por ejemplo: SAP Barcelona (19ª), 19.1.2016 (Ar. 5460, MP: Mª. Asunción Claret Castany) y SAP Burgos (3ª), 5.4.2016 (Ar. 107147, MP: María Esther Villimar San Salvador).

<sup>4</sup> En concreto, según se desprende de la sentencia de apelación objeto del recurso de casación, SAP A Coruña (4ª), 28.5.2014 (Ar. 218619, MP: José Luis Seoane Spiegelberg), quedó acreditado que la cláusula suelo se incluyó durante el íter negociador como compensación por una bajada exigida por la prestataria del diferencial a aplicar.

No obstante, este control de las cláusulas no negociadas y en particular de las cláusulas suelo ex art. 1.258 CC en contratos entre empresarios debe valorarse desde bases distintas a las del control de transparencia en contratos con consumidores, teniendo en cuenta los perfiles específicos propios de la contratación entre empresarios -tal y como previene la propia exposición de motivos de la LCGC- a los que se les presupone una mayor experiencia en la contratación crediticia y se les exige, en consecuencia, una mayor diligencia en el conocimiento de las distintas cláusulas financieras del préstamo hipotecario y de sus efectos sobre el coste del crédito que a un consumidor. Y es que a través de una aplicación extensiva de esta nueva vía de control abierta por la STS 3.6.2016 (Ar. 128769) no se puede pretender introducir sin más por la ventana del art. 1.258 CC el control de transparencia para contratos con consumidores, que aquella misma sentencia excluyó de los contratos con adherentes empresarios.

En este artículo nos proponemos analizar cuáles deben ser los presupuestos y los criterios de la ineficacia ex art. 1.258 CC de las cláusulas suelo y, más en general, de las cláusulas no negociadas que se refieran al objeto principal o a los elementos esenciales del contrato por frustrar las expectativas legítimas del adherente empresario sobre el contenido del contrato. Antes de ello, trataremos, a modo de premisa, la cuestión de la posible incardinación del exigente control de transparencia sobre el objeto principal del contrato, el también llamado “segundo filtro de transparencia”, en los estrechos márgenes de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la LCGC al efecto de extender su aplicación también a los contratos de préstamo con empresarios, tesis sostenida en el voto particular a la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) formulado por el Magistrado Francisco Javier Orduña, de la que discrepamos.

## ***2. Control de transparencia y requisitos de incorporación en los contratos con adherentes empresarios***

Las condiciones generales en contratos con empresarios están sujetas al cumplimiento de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la LCGC, puesto que el ámbito de aplicación de esta Ley es el de las condiciones generales de la contratación, con independencia de que el adherente sea un consumidor o un empresario (art. 2.3 LCGC). Estos requisitos de incorporación tratándose de un contrato realizado en forma escrita son: entrega y firma de las condiciones generales -sin que sea válida la mera remisión a otros documentos en los que se contengan- y claridad, concreción y comprensibilidad en su redacción.

El primer paso lógico para valorar la licitud de una cláusula suelo incluida en contratos de préstamo suscritos con adherentes empresarios ha de ser, por lo tanto, comprobar si supera estos requisitos de incorporación. Es posible que una cláusula suelo no supere el requisito de entrega y firma de las condiciones generales por no estar expresamente incluida en la

escritura de préstamo hipotecario, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en caso de subrogación en el préstamo hipotecarios del vendedor, si en la escritura de subrogación simplemente se hace una referencia a la aplicación de las condiciones financieras de la escritura del préstamo originario, sin transcribirlas. Lógicamente, tampoco superaría los requisitos de incorporación una cláusula de este tipo que por su redacción no fuese semánticamente comprensible.

Más allá de estos casos, que no suponen más que una estricta aplicación de los requisitos de incorporación en los términos literales del art. 5 LCGC, la cuestión relevante en los contratos de préstamo con prestatarios empresarios es si las mayor exigencia de transparencia en relación a las cláusulas que inciden en el coste del crédito, el llamado “segundo filtro de transparencia”, al que alude la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) puede residenciarse en sede de requisitos de incorporación y en concreto en la exigencia expresa de *transparencia en la redacción* a la que se refiere el art. 5.5 LCGC y, por lo tanto, resultar de aplicación indiscriminada también a los contratos en los que el prestatario sea un empresario.

En este sentido, en la doctrina, mucho antes de que esta cuestión se hubiera planteado en sede jurisdiccional, algunos autores habían atribuido cierto carácter dinámico a los requisitos de incorporación, de tal manera que las exigencias en ellos contenidas pudieran ensancharse allá donde no llegara el control de contenido, especialmente en relación a los elementos esenciales del contrato<sup>5</sup>. Otros autores han considerado que el deber de transparencia de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, ante la falta de transposición expresa al ordenamiento español del art. 4.2 de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 2013 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores (en adelante directiva 93/13/CEE), debía residenciarse no en el art. 82 TR-LGDCU como un supuesto de cláusula abusiva, sino en los arts. 5 y 7 LCGC como una forma de control de inclusión cualificada, y, por lo tanto, resultaría predicable también de los contratos de adhesión entre empresarios<sup>6</sup>. Ya en relación al caso concreto de las cláusulas suelo, otros autores postulan que el “doble filtro de transparencia” al que se refiere la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar.3088) se incardine en el art. 5.5 de la LCGC, siendo la principal razón precisamente la de acaparar de esta manera bajo el manto de este control más exigente de transparencia también a los contratos con prestatarios empresarios<sup>7</sup>.

También algunas resoluciones judiciales de audiencias provinciales han considerado que los requisitos de transparencia impuestos por la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) deben exigirse por la vía de los requisitos de incorporación, aunque las cláusulas suelo se empleen en contratos con de préstamo con empresarios, como la SAP Cáceres (Sec. 1ª) 3.6.2013 (Ar. 1488, MP: María Teresa Vázquez Pizarro) o la SAP Murcia (Sec. 4ª) 4.12.2014 (Ar 51318, MP: Juan Martínez Pérez), que considera que la cláusula suelo no cumple los requisitos exigidos por el art. 5.5 LCGC y las razones que se alegan para ello, no es la falta de comprensibilidad interna de la cláusula, sino que no consta documentalmente acreditado que “se informara a los actores de las consecuencias que podían derivarse para el tipo de interés a pagar en

---

<sup>5</sup> (MIQUEL, 2002, p. 449), (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1999, págs. 142 y 143).

<sup>6</sup> (CÁMARA, 2006, p. 123).

<sup>7</sup> (PLAZA 2013, p. 8), (SÁNCHEZ RUIZ DEL VALDIVIA, 2015, p. 688) y (CÁMARA, 2015, págs. 606 y 2016).



función de la evolución de los tipos de interés ni, especialmente, de las previsiones en orden a la evolución de los tipos de interés a la vista de los estudios de mercado existentes a la fecha y de las circunstancias económicas, de mercado y de tipos de cambio, que podía influir en la variación del tipo de interés”.

En contra de esta tesis y aun reconociendo su correctísimo planteamiento doctrinal<sup>8</sup>, consideramos que los requisitos de incorporación no pueden ir más allá de las exigencias de entrega y claridad y comprensibilidad en la redacción de las condiciones generales en los estrictos términos del art. 5 LCGC y, por lo tanto, no se puede fundamentar en ellos, ni siquiera en los contratos de préstamo con empresarios, la ineficacia de una cláusula que no supere el más exigente “segundo filtro de transparencia” exigido por la STS, Sala 1ª, 5.9.2013 (Ar. 3088) y ello por varias razones:

- En primer lugar, la propia directiva 93/13/CEE en el consabido art. 4.2 conecta la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato con el juicio de abusividad, puesto que esta norma al excluir la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato siempre que sean transparentes, “sensu contrario” impone la sujeción al control de contenido de estas cláusulas cuando no sean transparentes. De manera que la consecuencia del incumplimiento del deber de transparencia del art. 4.2 de la directiva 13/1993 no es la ineficacia automática de la cláusula, sino la apertura de la cláusula al control de contenido, eso es, posibilita al juzgador valorar si la falta de transparencia conlleva un desequilibrio perjudicial para el consumidor. Por eso la falta de transparencia no ha de ser en sí misma suficiente para determinar la ineficacia de una cláusula relativa al precio o al objeto del contrato, sino sólo cuando la misma es instrumental a un desequilibrio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos esenciales del contrato creía haber alcanzado, lo que reclama un juicio sobre la “abusividad” de la cláusula y no sólo sobre el cumplimiento de unos requisitos formales. En este sentido, desde el primer momento se había distinguido por alguno de los más influyentes comentaristas de la directiva 93/13/CEE entre los requisitos puramente formales de claridad y comprensibilidad exigidos con carácter general por el art. 5.1 de la directiva para cualquier condición no negociada en contratos con consumidores y el más amplio deber de transparencia del art. 4.2, cuya contravención se vinculaba a un perjuicio material para el consumidor<sup>9</sup>. Alguna de las resoluciones más recientes del TJUE relativas a la interpretación del art. 4.2 de la directiva 13/1993 han incidido en la idea de que la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no ha de ser la nulidad automática, sino la valoración de su posible carácter abusivo: STJUE 15 marzo 2012 (asunto C-453/10, *Perenicova vs SOS financ.spol*)<sup>10</sup> y STJUE 26 febrero 2015 (asunto C-143/13, *Matei vs Volksbank România*)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre todo en el caso de (CAMÁRA, 2015, págs. 600 a 609), a quien cita como apoyo doctrinal el voto particular de la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769).

<sup>9</sup> (ULMER, 1993, p. 338), (MICKLITZ, 2000, p. 173) y en la doctrina italiana (RIZZO, 1997, p. 60) y DI GIOVANNI, 1998, págs. 23 y 91).

<sup>10</sup> En la que se afirmó que la inclusión de una TAE incompleta podría considerarse una práctica desleal por engaño y que esa calificación sería un elemento más a tener en cuenta por el juzgador para basar su

- En segundo lugar, una concepción amplia de la obligación de transparencia sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato en los términos definidos por la Jurisprudencia tras la STS, Sala 1ª, 5.9.2013 (Ar. 3088) y posteriormente por las resoluciones del TJUE 30.4.3014 (Asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt), 26.2.2015 (Asunto C-143/13 Ofelia Matei vs Voksbank Romania) y 23.4.2015 (Asunto C-96/14, Van Hove vs CNP Assurances), que va más allá del deber de redacción clara y comprensible y que tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica del contrato para adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa, no parece que pueda encontrar cabida en la literalidad del art. 5 LCGC. Los requisitos de incorporación son deberes formales muy concretos y la única mención en la que cabría “a priori” recepcionar un deber de información en sentido amplio sería la exigencia de transparencia del art. 5.5 LCGC, (“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”). Sin embargo, este precepto se refiere expresamente a la transparencia en “la redacción de las cláusulas”, es decir, a una transparencia puramente formal o gramatical. Poco margen hay por lo tanto para atribuir a los requisitos de incorporación del art. 5 LCGC un sentido amplio que acaparase un deber cualificado de información precontractual- y no sólo de claridad y comprensibilidad en la redacción de las cláusulas- respecto de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y, en particular, respecto de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Así lo ha señalado claramente la STS, 1ª, 15.12.2015 (Ar. 2016/73, MP: Ignacio Sánchez Gargallo), que distinguiendo los parámetros del enjuiciamiento de la transparencia en sede de requisitos de incorporación y en el ámbito del control de transparencia sobre el objeto principal del contrato en contratos con consumidores afirma que “la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7.b. LCGC, no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores”, doctrina que es confirmada por la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769). En definitiva, los requisitos de incorporación son los que son y resultan idénticos para todas las condiciones generales del contrato, con independencia de que se refieran a elementos esenciales del contrato o a aspectos accesorios del mismo.

- La tercera razón tiene que ver con el carácter exclusivamente formal de los requisitos de incorporación. El control de inclusión prescinde de cualquier análisis sobre el contenido de la cláusula y, en particular, sobre el perjuicio que la misma pudiera causar al adherente. Por consiguiente, de admitirse en contratos con empresarios que el “segundo control de transparencia” se residencia en el art. 5.5 LCGC, ello conllevaría paradójicamente que deberían considerarse excluidas del contrato cláusulas que aunque fuesen referidas al precio y no resultasen conocidas por el adherente fueran inocuas, en el sentido de no producir una alteración subrepticia del equilibrio entre precio y contraprestación que creía haber pactado el prestatario empresario, pues no siempre la oscuridad de una cláusula está

---

apreciación sobre el carácter abusivo de la cláusula, si bien “dicho elemento no permite determinar automáticamente por sí sólo el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas”.

<sup>11</sup> Consideró que para el caso de que las cláusulas enjuiciadas (la que permite modificar el tipo de interés en caso de cambios significativos en el sistema financiero y la que impone una comisión de riesgo) formasen parte del objeto principal (lo que debía discernir el órgano judicial nacional) “en todo caso, tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo”.

llamada a ocultar un desequilibrio en perjuicio del adherente<sup>12</sup>. Un ejemplo paradigmático puede ser el de la conocida “cláusula cero”, esto es la cláusula que estipula que los intereses nominales no puedan ser en ningún caso negativos o a favor del prestamista, pues no puede decirse que su inclusión suponga una alteración subrepticia de una expectativa del consumidor de poder recibir una remuneración de la entidad financiera que le está prestando dinero<sup>13</sup>.

- Por último, el control de inclusión, también por su carácter exclusivamente formal, prescinde de la valoración de las circunstancias del caso concreto, lo que conllevaría que todas las cláusulas con incidencia en el precio en los contratos de préstamo con empresarios que no superasen el exigente “segundo filtro de transparencia” resultasen ineficaces, con independencia de las circunstancias propias de cada empresario: su volumen, capacidad negocial, experiencia financiera, conocimientos, asesoramiento, etc. Sin embargo, como dice la propia Exposición de Motivos de la LCGC, el análisis sobre la nulidad de cláusulas desequilibradas en contratos entre empresarios no puede prescindir de las particularidades propias de la contratación entre empresas, lo que implica valorar la concurrencia de una real posición de dominio de la empresa predisponente frente a la empresa adherente y, tratándose de una cuestión de transparencia, la información que realmente necesita el empresario adherente para conocer el significado de la cláusula suelo y su trascendencia sobre la carga económica del contrato, que no siempre deberá ser idéntica a la información que necesita para el mismo fin un consumidor. Esta valoración de las circunstancias no puede hacerse en sede de control de inclusión, en el que se simplemente se juzga si una cláusula supera unos requisitos formales dados o no.

El voto particular de la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) ilustra la necesidad de extender el control de transparencia a los adherentes empresarios vía requisitos de incorporación con el ejemplo de un empresario pequeño, persona física, que solicita un préstamo para un pequeño negocio (montar un kiosco de prensa), pero no aclara si también a través de los mismos requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC, ese mismo control de transparencia cualificado sobre la existencia de una cláusula suelo debería exigirse en relación a un préstamo concertado, por ejemplo, por una gran empresa constructora, con una dilatada experiencia en la contratación de préstamos y que contase con su propio departamento jurídico y financiero. Si debiera discriminarse –como parece obvio- entre la información que ha de proporcionarse sobre la cláusula suelo en un supuesto y otro, lo que no se explica es de qué manera podría realizarse esta valoración de las circunstancias en sede del control de inclusión.

### ***3. Control de transparencia y buena fe ex art. 1.258 CC en contratos de***

---

<sup>12</sup> En contra de este argumento, (CÁMARA, 2015, p. 605) señala que de ser realmente inocua la cláusula no tendría por qué impugnarse el consumidor ante los tribunales. Sin embargo, no se puede obviar la posibilidad de que un consumidor oportunista quisiera obtener una ventaja ilegítima por la nulidad de una cláusula que en realidad no supone una frustración de sus expectativas, como es el caso de la cláusula cero.

<sup>13</sup> De una opinión contraria es (DOMÍNGUEZ, 2016, págs. 11 y ss.) quien cuestionando que el contrato de mutuo haya de ser por esencia remuneratorio o gratuito, postula que la cláusula cero ha de ser abusiva por restringir el derecho a la efectividad de la variación del tipo de interés.

### *préstamo con empresarios*

#### **3.1. La buena fe del art. 1.258 CC como parámetro de validez de las condiciones generales en contratos con empresarios**

La exposición de motivos de la LCGC al señalar que en las condiciones generales entre profesionales puede existir abuso de una posición dominante, si bien “tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual” y que, “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”, parece estar llamando al intérprete, en los contratos con condiciones generales con empresarios, a explotar al máximo las posibilidades de control sobre el contenido de los contratos contenidas en las normas generales del código civil, de manera que las condiciones generales en estos contratos, aun no estando sujetas al control de nulidad de cláusulas abusivas (art. 8.2 LCGC) sí pudieran estar sujetas a una norma forma de control sobre su contenido más intensa que la que se deriva de la contravención de norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1 LCGC, 1.255 y 6.3 CC), si bien en este juicio de nulidad, según la propia exposición de motivos antes reseñada, se han de “tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

En la doctrina se ha propuesto residenciar este control de contenido de las cláusulas no negociadas en contratos con adherentes empresarios en la exigencia de buena fe del art. 1.258 CC. Si bien el art. 1.258 CC es una norma de integración del contenido del contrato con obligaciones no pactadas que derivan de la buena fe, pero no una norma que establezca criterios para enjuiciar la validez de contenidos contractuales, se ha dicho que no hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes<sup>14</sup>. De esta manera se convertiría la buena fe del art. 1.258 CC en una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no sólo de integrar el contenido del contrato con contenidos no pactados, sino de expulsar del mismo las cláusulas contractuales que resulten contrarias a la buena fe<sup>15</sup>.

Sin embargo, el recurso a la buena del art. 1.258 CC para declarar la ineficacia de cláusulas desequilibradas en contratos entre empresarios en los que exista una disparidad de poder

---

<sup>14</sup> (MIQUEL, 2002, pág. 464) y ampliamente (ALBIEZ, 2009, pág. 208 a 219), quien lamentando que la potencialidad que ha demostrado el art. 1.258 CC en las técnicas de integración del contrato no se haya podido o sabido utilizar en el control de las cláusulas abusivas, concluye, con apoyo en referencias de derecho comparado y en los textos preparatorios para un futuro derecho europeo de contratos, que la buena fe ex art. 1.258 puede cumplir la misma función que el art. 82.1 TR-LGDCU, pues es tan cláusula general como ésta y sólo necesitada ser concretada por los tribunales, si bien teniendo en cuenta las particularidades del tráfico comercial. Más escéptico respecto a la posibilidad de encontrar en el art. 1.258 CC una cláusula general de control ex buena fe en contratos con empresarios se ha manifestado (CÁMARA 2016), quien ha señalado lo difícil que es obtener un control parecido a partir de un sistema legal que parte de la negociación como es el Código civil y cuya cláusula general de buena fe contractual (1258) no estaba diseñada para estos menesteres.

<sup>15</sup> (PERTÍÑEZ, 2004, pág. 107), en términos muy similares a los que han sido empleados por la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769).

negocial fue en buena medida cercenado por la STS, 1ª, 30.4.2015 (Ar. 2019), al considerar que “el artículo 1.258 CC contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el contenido natural del contrato. Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas”.

En consecuencia, según esta última resolución, cuando el adherente no sea consumidor, las condiciones generales que hayan superado los requisitos de incorporación no están sujetas a más limitaciones por razón de su contenido que las que se derivan de la contravención a una norma imperativa (art. 8.1 LCGC, 6.3 CC y 1.255 CC), por lo que la referencia de la exposición de motivos de la LCGC a la posible existencia abuso de una posición de dominio en los contratos con condiciones generales entre empresarios se convertiría en una mera fórmula retórica, no sólo carente en sí misma de efectos normativos, sino también de cualquier relevancia en la interpretación de las normas generales de contratos del código civil en su aplicación a los contratos con adherentes empresarios. Se equiparan de esta manera según la referida doctrina las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes empresarios con los pactos negociados entre las partes, aunque sea mediante la ficción o el sofisma de equiparar el cumplimiento de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la LCGC a la prestación del consentimiento cuando el adherente sea un empresario, con independencia de cuales sean las condiciones subjetivas de cada empresario adherente, su estructura, volumen de negocio, experiencia, etc.

La rigidez con la que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha excluido cualquier forma de controlar el equilibrio de las cláusulas no negociadas en contratos con empresarios contrasta no sólo con otros ordenamientos comunitarios que, de conformidad con el carácter de mínimos de la directiva 93/13/CEE (art. 8), han extendido el control de las cláusulas abusivas a las cláusulas no negociadas en contratos con empresarios (como el alemán (§ 310.1 BGB), el portugués (art. 17 Decreto-Lei 220-95 introduziu no ordenamento jurídico português o regime da fiscalização judicial das cláusulas contratuais gerais), el holandés (BW 6:233 a) o el francés (art. L.442-6.I.2º Código de Comercio y art. 1.171 Code civil, tras la modificación introducida por l’Ordonnance 2016-131 de diez de febrero de 2016), entre otros, sino también con las últimas tendencias expresadas en los textos de *softlaw* del derecho europeo de contratos:

El Draft Common Frame of Reference (DCFR), en su art. 9:405 bajo el epígrafe “Concepto de abusivo en contratos entre empresarios”, dispone que una condición en un contrato entre empresarios es abusiva sólo si es una condición impuesta por una parte, de tal naturaleza que resulta significativamente desviada de las buenas prácticas comerciales, en contra de la buena fe y, en los mismos términos, el art. 86 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea de 11.10.2011 [COM 2011 (635) final]. Por su parte los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), a los que se refiere la propia STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar.128769) en el art. 4:110, bajo el epígrafe “Cláusulas abusivas que no han sido individualmente negociadas”, no condicionan la declaración de abusividad de una cláusula a la condición de consumidor del adherente, cuando dispone que “Una parte puede anular una cláusula que no haya sido individualmente negociada si, en contra de las exigencias de la buena fe causa un

desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes en su perjuicio, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, el resto de cláusulas del contrato y las circunstancias en el momento en que se realizó el mismo”, por lo que de acuerdo con este texto, la condición de empresario del adherente sería todo lo más una circunstancia que habría de ser tenida en cuenta en el juicio sobre el carácter abusivo de la cláusula pero que no lo excluiría.

### **3.2. La buena fe del art. 1.258 como límite a las condiciones generales sorpresivas en contratos con adherentes empresarios**

Trasladada la doctrina apenas expuesta de la STS, 1ª, 30.4.2015 (Ar. 2019) a la hipótesis de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, implicaría que la cláusula suelo o más en general cualquier cláusula relativa al objeto principal de un contrato de adhesión entre empresarios, una vez hubiera superado los requisitos de incorporación por incluirse en la escritura de préstamo de manera clara y comprensible sería lícita sin más. Desde esta perspectiva, cualquier empresario por el mero hecho de serlo debería considerarse inmune a los efectos perjudiciales de una falta de información sobre el coste del crédito, como si su sola profesionalidad y su supuesta mayor experiencia en el ámbito de los negocios ya le aportara la transparencia que necesitaba para adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa.

Sin embargo, la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) ha admitido un cambio de enfoque respecto a la contundencia con la que la STS, 1ª, 30.4.2015 (Ar. 2019) había proclamado de la exclusión del art. 1.258 CC como criterio para enjuiciar la validez de las condiciones generales entre empresarios, al menos en la hipótesis en la que el perjuicio que una condición general cause al empresario adherente tenga que ver no con su contenido objetivamente desequilibrado, sino con su carácter sorpresivo. Aclara en este sentido la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido del contrato capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato es defendible, al menos, para las cláusulas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado, permitiendo que el art. 1.258 CC sea invocado para blindar el llamado contenido natural del contrato frente a pactos sorprendentes.

Es cierto que el recurso a la buena fe del art. 1.258 CC para expulsar del contrato condiciones no negociadas en contratos con empresarios puede tener un significado distinto cuando lo que se demanda es la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado que cuando se demanda su exclusión por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente<sup>16</sup>. En el primer caso, lo que se pretende es utilizar la buena fe como un criterio para enjuiciar la validez de una cláusula por su contenido, que se sumaría de este modo a la ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1.255 CC) cuando se tratase de una

---

<sup>16</sup> (PASQUAU, 2016, págs. 282 y 283) ya había puesto de manifiesto con anterioridad a la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) que la función del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato es especialmente defendible para las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, es decir, aquellas que modifican subrepticamente y engañosamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado.

condición general en un contrato con un adherente empresario. Sin embargo, en el segundo caso, cuando estamos en presencia de una cláusula sorpresiva, como puede ser el supuesto de las cláusulas que alteran subrepticamente el objeto principal de un contrato, no se demanda su desincorporación del contrato porque sea desequilibrada, sino porque entra en pugna con otro contenido contractual contradictorio, el que legítimamente se había representado el consumidor a partir de la información incompleta proporcionada en la fase precontractual. Así, en el caso concreto de las cláusulas suelo, entra en pugna la forma de determinación del interés nominal que, en su caso, legítimamente creía haber pactado el prestatario, que sería sólo la suma de un diferencial al índice de referencia estipulado (p. ej. Euríbor + 1%), con otra forma de determinación del interés nominal que a lo anterior añade un límite mínimo incorporado simplemente a través de una condición general (p.ej. Euríbor +1%, con un límite de un 4%).

Ante esta pugna de contenidos contractuales debe prevalecer el contenido que conforme a la buena fe se creía legítimamente haber consentido, frente a un contenido contractual que simplemente se ha incorporado al contrato por el cumplimiento de los requisitos de incorporación.

Es decir, en el ámbito de la falta de transparencia, se puede acudir a la buena fe del art. 1.258 CC no en cuanto que norma que expulsa del contrato las cláusulas que sean desequilibradas en perjuicio del consumidor por su contenido, sino en cuanto que norma que establece una gradación o jerarquía entre contenidos contractuales contradictorios en función de la distinta fuente de integración al contrato de la que proceden. Esto es, las expectativas legítimas sobre el precio incorporadas al contrato "ex bona fide" tienen una resistencia frente a las condiciones generales simplemente incorporadas por superar los requisitos de incorporación<sup>17</sup>.

Cuando la STS 3.6.2016 (Ar. 128769) afirma que es defendible que el principio general de buena fe del art. 1.258 CC pueda ser invocado como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar las cláusulas que modifican subrepticamente el contenido del contrato que el adherente había podido representarse razonablemente conforme a su propia naturaleza y funcionalidad, está haciendo una aplicación de la denominada regla de las "cláusulas sorprendentes" según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia<sup>18</sup>. Esta norma se contenía en el Proyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 5.c, que resultaba de aplicación tanto a las condiciones generales en contratos con consumidores como en contratos entre empresarios), pero finalmente fue suprimida del texto definitivo de la Ley. Pese a ello la doctrina había considerado que la referida regla podía incardinarse en contratos con consumidores en la cláusula general del art. 82 TR-LGDCU como un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia y en contratos con adherentes empresarios en el principio general de buena fe del art. 1.258 CC, tal y como justamente

---

<sup>17</sup> (PERTÍÑEZ, 2004, pág. 107).

<sup>18</sup> De la que en nuestra doctrina tuvimos noticia por primera vez a través de (ALFARO, 1991, pág. 242).

hace ahora la meritada STS 3.6.2016 (Ar. 128769)<sup>19</sup>. Y es que puede considerarse contrario a la buena fe aprovecharse del poder de predisposición para introducir mediante condiciones generales cláusulas con cuya existencia no podía razonablemente contar el adherente, de acuerdo con la naturaleza y con las circunstancias del contrato, y que suponen una frustración de sus expectativas legítimas sobre el contenido del mismo.

La primacía de lo que legítimamente se creía haber consentido, frente a una condición general, se puede deducir también de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales consagrada en el art. 6.1 de la LCCG que en cuanto que incluida en la LCGC resulta de aplicación a cualquier adherente con independencia de su condición de consumidor o empresario. El fundamento de esta regla, según ha expresado la doctrina al respecto, es el respeto al principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual las estipulaciones contractuales que han sido acordadas y consentidas por las partes, tienen preferencia sobre las condiciones generales que han sido predisuestas por una de ellas e impuestas a la otra, porque aquéllas reflejan la voluntad común de los contratantes<sup>20</sup>.

### 3.3. Las expectativas legítimas sobre el precio del crédito

La contrariedad a la buena fe de las cláusulas que resultan sorprendivas por frustrar una expectativa legítima del adherente sobre el contenido del contrato depende en primer lugar de la información proporcionada, pues la información eliminaría el efecto sorpresa de la inclusión de una cláusula que en principio podría resultar inesperada.

Sin embargo, a través de una aplicación excesiva de la ineficacia ex buena fe de cláusulas sorprendivas no se puede pretender extender sin más el control de transparencia definido por la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) en relación a las cláusulas suelo en contratos con consumidores a los contratos con adherentes empresarios. El prestatario empresario no siempre necesitará para conocer una cláusula de este tipo y valorar su trascendencia, una información sobre la evolución previsible del índice de referencia, ni que se le entregue un cuadro de amortización simulado con arreglo a distintos escenarios previsibles, ni que se le aporte información sobre el coste comparativo con otro préstamo de la misma entidad que no contenga la cláusula suelo. Por otro lado, tampoco puede consagrarse como criterio general la idea de que un adherente empresario no tiene la obligación de leer las condiciones generales del contrato<sup>21</sup> y que por lo tanto sea siempre legítimo el desconocimiento de una condición general que ha superado los requisitos de incorporación.

---

<sup>19</sup> (PERTÍÑEZ, 2004, pág. 107 y 215).

<sup>20</sup> (ALFARO, 1991, págs 299 y 300), (FERRER, 2002, pág. 368).

<sup>21</sup> (WOLF *et al*, 1999, pág.179), puso de manifiesto que la existencia de la regla de las cláusulas sorprendentes en derecho alemán (primero en el § 3 AGB-G y actualmente en el § 305.c BGB), supone el reconocimiento de que el adherente que no lee las condiciones generales no actúa con negligencia. La misma idea ha sido expresada en la doctrina española, si bien en relación al adherente consumidor por (ALFARO, 1991, pág. 243), (PAGADOR, 1999 b, pág. 496) y (PERTÍÑEZ, 2004, pág. 194).



No es posible en consecuencia hacer afirmaciones de trazo grueso, en el sentido de que el incumplimiento de las exigencias de información precontractual, tal y como han sido preestablecidos por la STS, 1ª, 9.52013 (Ar. 3088) y las posteriores sentencias sobre las cláusulas suelo, conlleve automáticamente que una cláusula suelo contenida en un contrato con un prestatario empresario sea ineficaz ex art. 1.258 CC por frustrar su expectativa legítima sobre el coste del crédito. En este sentido, la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar. 128769) negó que en el caso concreto que enjuiciaba la cláusula suelo supusiera la frustración de una expectativa razonable sobre el contenido del contrato porque se consideró como un hecho probado que la cláusula suelo había sido consentida en cuanto que negociada, pero aun en el caso de que la cláusula en cuestión fuese una condición general y de que no hubiera habido más información respecto de la misma que la que se derivase del cumplimiento estricto de los requisitos de incorporación (inclusión en la escritura de préstamo de manera clara y comprensible), el juzgador tendría que valorar de acuerdo con todas las circunstancias si la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo supuso una alteración de una expectativas legítimas del prestatario adherente concreto.

En la valoración de cuando es legítima una expectativa del adherente prestatario se debe ponderar no sólo la información proporcionada por el predisponente al respecto (publicidad, comunicaciones en tratos preliminares en los que se obviara la existencia de la cláusula, etc.) o, en sentido negativo, la información no proporcionada, sino también la diligencia empleada por el empresario adherente en el conocimiento de la condición general cuya incorporación al contrato le ha sorprendido.

En este punto se diferencian el control de transparencia en contratos con consumidores y el juicio de contravención a una expectativa legítima por la inclusión de una cláusula suelo en contratos de adhesión entre empresarios. En el primer supuesto lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe, resultando indiferente los conocimientos previos del consumidor (STJUE 3 septiembre 2015, Asunto C-110/2014, Costea vs. Volksbank Romania). Sin embargo, cuando lo que se valora es si la inclusión de una cláusula suelo en un contrato con un adherente empresario supone una frustración de su expectativa legítima sobre el coste del crédito, se ha de tener en cuenta no sólo la falta de información previa proporcionada por la entidad financiera sobre la existencia de la cláusula suelo, sino también la diligencia empleada por el empresario adherente en el conocimiento íntegro de las condiciones financieras del crédito puestas a su disposición y de sus posibles efectos futuros sobre el coste del crédito.

La diligencia exigible al empresario adherente en el conocimiento de una cláusula suelo dependerá de sus circunstancias subjetivas, entre las que revisten una especial importancia su volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. En este sentido, es obvio que cuanto más se aproximen las circunstancias personales del empresario a las de un consumidor –por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio- mayor información necesitará para poder prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo por ausencia de una información precontractual adecuada.

Por otra parte, en la valoración del posible carácter sorpresivo de una cláusula suelo en contratos de préstamo con empresarios no puede obviarse el grado de conocimiento social que pueda existir en un momento dado sobre la habitualidad de la inclusión de una cláusula concreta en contratos de préstamo hipotecario. Si existe un conocimiento socialmente extendido sobre la habitualidad de la inclusión de cláusulas suelo en contratos de préstamo -lo que indudablemente ha tenido lugar en los años posteriores a la bajada continuada del euríbor desde 2009- por activarse las cláusulas suelo existentes en los contratos que hasta entonces sólo estaban latentes, el adherente que concierte un préstamo hipotecario en ese contexto, máxime si es un empresario, no podrá invocar que se ha visto sorprendido por la inclusión de una cláusula suelo, con cuya existencia podría contar con independencia de la mayor o menor intensidad de la información precontractual proporcionada al respecto.

#### 4. Tabla de jurisprudencia citada

##### *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
15 marzo 2012	C-453/10	Perenicova vs SOS financ.spol
30.4.2014	C-26/13	Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt
26.2.2015	C-143/13	Matei vs Voksbank Romania
23.4.2015	C- 96/14	Van Hove vs CNP Assurances
3.10.2015	C-110/2014	Costea vs. Volksbank Romania

##### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 9.5.2013	Ar. 2013/3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
1ª, 10.3.2014	Ar. 2014/1467	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª, 7.4.2014	Ar. 2014/2184	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª, 28.5.2014	Ar. 2014/ 3354	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª, 30.4.2015	Ar. 2015/2019	Rafael Sarazá Jimena
1ª, 15.12.2015	Ar. 2016/73	Ignacio Sánchez Gargallo
1ª, 3.6.2016	Ar. 2016/128769	Pedro José Vela Torres

##### *Audiencias Provinciales*

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Cáceres (3ª), 3.6.2013	Ar. 2013/1488	Mª. Teresa Vázquez Pizarro
Murcia (4ª), 4.12.2014	Ar. 2014/51318	Juan Martínez Pérez
A Coruña (4ª), 28.5.2014	Ar. 218619	José Luis Seoane Spiegelberg
Barcelona (19ª), 19.1.2016	Ar. 2016/5460	Mª. Asunción Claret Castany
SAP Burgos (3ª), 5.4.2016	Ar. 2016/107147	Mª Esther Villimar San Salvador

## 5. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2009), *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

- (2015) "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV.

- (2016) "Control de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios", *Almacén de Derecho*, (<http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>).

Francesco DI GIOVANNI (1998), *La regola di trasparenza nei contratti con i consumatori*, Giappichelli, Turín.

Javier DOMÍNGUEZ ROMERO (2016). "Inaplicación del tipo negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios", *Indret*, 1/2016

Josep FERRER RIBA (2002), "Comentario al art. 6.1 de la LCGC 7/1998", en Aurelio MENÉNDEZ, Luis Díez-PICAZO y Jesús ALFARO (Directores), *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, págs. 361-383.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999), "Comentario al art. 5 de la LCGC", en Rodrigo Bercovitz, *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona, págs. 139 a 192.

Hans MICKLITZ (1999), "Obligation de clarté e interprétation favorable au consommateur", The "unfair terms" Directive, five years on. Evaluation and future perspectives, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, pp. 159-173.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (2002), "Comentario art. 8 LCGC", en Aurelio MENÉNDEZ, Luis Díez-PICAZO y Jesús ALFARO (Directores), *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1999a), "Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación", *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-87, tomo 2. (versión la ley digital).

- (1999b) *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Barcelona.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2016), " De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación", en Añoveros Terradas y Llebaría Samper (Coordinadores), *El contrato: apuntes para una revisión*, Thomson-Aranzadi, pp. 267 a 304

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra.

- (2013), "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario", *Indret*, 3/2013.

Javier PLAZA PENADÉS, (2013) "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la LEY*, nº 8112, 25 de Junio de 2013.

Vincenzo RIZZO (1997), *Trasparenza e contratto del consumatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Collana Quaderni della Rassegna di diritto civile, Nápoles

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2015) "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 748, págs. 681 a 731.

Peter ULMER (1993), "Zur Ampassung des AGB-G an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln", *Europaisches Zeitschrift Wirtschaftsrecht (EZW)*, pp. 335-349.

Manfred WOLF, Norbert HORN, Walter LINDACHER (1999), *AGB-Geste zur Regelung des Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kommentar*, 4ª edición, Beck, Munich.