

Roj: **STS 328/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:328**Id Cendoj: **28079110012017100060**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2017**Nº de Recurso: **1531/2014**Nº de Resolución: **57/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco Mare Nostrum S.A., representado por el procurador D. Cecilio Castillo González bajo la dirección letrada de D. **José** Massaguer y D. Carles Vendrell, contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2014, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, en el recurso de apelación núm. 151/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 462/201, del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Huelva. Ha sido parte recurrida Garajes Santa Inés S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Antonio Olaya Ponzzone.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a M^a del Carmen García Aznar, en nombre y representación de Garajes Santa Inés S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja General de Ahorros de Granada, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

»1.- Declare la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia del 3,75% y del 4% y un tipo máximo de referencia ambas del 14%.

»2.- Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, de los contratos de préstamo hipotecario objeto del pleito.

»3.- Condene a "Caja Granada", a la devolución al prestatario demandante de la cantidad cobrada de más en el préstamo hipotecario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, por cualquier concepto, incluidos los intereses de demora y/o comisiones, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, que hasta hoy en día, s.e.o.u.i., asciende a unos 54.000 euros.

»4.- Condene a "Caja Granada", al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando de más por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, por cualquier concepto, incluidos los intereses de demora, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

»5.- Condene a "Caja Granada" a abonar a mi representado al interés legal incrementado en dos puntos, aplicado sobre la cantidad a devolver, conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC (intereses mora procesal).



»6.- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

2.- La demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 (Mercantil) de Huelva, fue registrada con el núm. 462/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Pilar Moreno Cabezas, en representación de Banco Mare Nostrum (sucesora de Caja General de Ahorros de Granada), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se desestime la demanda articulada contra mi mandante, y todo ello con expresa imposición de costas a los actores por su temeridad y mala fe».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Huelva dictó sentencia núm. 11/2013, de 4 de marzo de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. García Aznar, en nombre y representación de la mercantil Garajes Santa Inés, SL, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma.

Haciendo imposición a la parte demandante de las costas ocasionadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Garajes Santa Inés S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 151/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva establece:

«FALLAMOS: ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por GARAJES SANTA INES S.L., representado en esta alzada por la Procuradora Sra. García Aznar, contra la sentencia dictada en los autos a que se contrae el rollo de Sala y su primer grado por el Ilmo. Sr. Magistrados Juez de Primera Instancia núm. 4 de lo Mercantil de fecha 4 de marzo de 2013 , y REVOCAMOS la indicada resolución en el sentido de ESTIMAR la demanda en ejercicio de la acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la Financiera Caja Granada en el sentido de:

»1. Declarar la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia del 3,75 % y del 4,00 % y un tipo máximo de referencia ambas del 14,00 %.

»2. Condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, de los contratos de préstamo hipotecario objeto del pleito.

»3. Condenar a "Caja Granada" a la devolución al prestatario demandante de la cantidad cobrada de más en el préstamo hipotecario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, por cualquier concepto, incluidos los intereses de demora y/o comisiones, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

»4. Condenar a "Caja Granada" a abonar al interés legal incrementado en dos puntos, aplicado sobre la cantidad a devolver, conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC (intereses mora procesal).

»5.- Condenar en costas a la parte demandada con expresa imposición de las de primera instancia y no imponer las costas del recurso».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Pilar Moreno Cabezas, en representación de Banco Mare Nostrum S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Por el cauce del núm. 3º del apartado 1 del art. 469 de la LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías, habiéndose producido indefensión: la sentencia recurrida ha introducido una cuestión nueva en la apelación, relativa al control de transparencia sustantiva o de comprensibilidad real de las cláusulas suelo impugnadas y, por ello ha infringido la regla que prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en la apelación (art. 465.1 de la LEC), causando indefensión a mi representada (art. 24 de la Constitución)».

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 80.1 de la LCU.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 8, apartados 1 y 2, de la LCGC.

»Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 8.1 de la LCGC, en relación con el art. 1.258 del CC y el principio de la buena fe contractual.

»Cuarto.-Al amparo del art. 477.1 de la LEC , la sentencia recurrida infringe el art. 1.303 del Código Civil en relación con el art. 9.3 de la Constitución y con los principios generales del derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad "Banco Mare Nostrum S.A" contra la sentencia dictada, el día 21 de marzo de 2014, por la Audiencia, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª), en el rollo de apelación n.º 151/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 462/2011 del Juzgado de lo Mercantil de Huelva».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 4 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 29 de junio de 2006 y el 5 de noviembre de 2008, la compañía mercantil Garaje Santa Inés, S.L. y la Caja de Ahorros de Granada (actualmente, Banco Mare Nostrum, S.A.), suscribieron sendas escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, en las cuales se incluían cláusulas de limitación a la variabilidad al alza y a la baja de los tipos de interés variables pactados (las denominadas cláusulas suelo).

2.- Garaje Santa Inés formuló demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de las meritadas cláusula de limitación del interés variable, por considerar que contravenían los arts. 1.256 y 1.258 CC y porque constituían un abuso de posición dominante. A la cual se opuso la prestamista, y alegó resumidamente; (i) las cláusulas controvertidas no son condiciones generales de la contratación; (ii) en cualquier caso, son plenamente válidas, por cumplir los requisitos de incorporación y adaptarse a las exigencias de transparencia de la normativa bancaria; (iii) no contravienen ninguna norma imperativa, ni les resulta de aplicación la normativa sobre protección de consumidores, por cuanto la prestataria no lo es.

En la audiencia previa, la parte actora adujo adicionalmente la infracción del art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y fundó la nulidad de las cláusulas impugnadas en su abusividad, conforme a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGCU).

3.- La sentencia de primera instancia partió de que la actora no tiene la condición de consumidora, dada su cualidad de compañía mercantil con ánimo de lucro y la finalidad comercial o profesional del préstamo. Asimismo, negó que las cláusulas controvertidas pudieran tener la consideración de condiciones generales de la contratación, porque afectaban a la delimitación del precio; pero incluso aunque lo fueran, no infringirían ninguna norma imperativa. Finalmente, negó que hubiera existido mala fe por parte de la prestamista, o que hubiera existido abuso de posición dominante. Razones por las cuales desestimó la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la prestataria, la Audiencia Provincial lo estimó, conforme a los siguientes y resumidos argumentos: (i) Una sociedad mercantil puede ser considerada consumidora si actúa para financiar su actividad empresarial; (ii) La demandante no está excluida de la normativa MiFID y tiene protección frente a la entidad financiera; (iii) La entidad prestamista no cumplió sus deberes de transparencia, por lo que las cláusulas litigiosas son abusivas; (iv) Tales cláusulas son contrarias a la buena fe contractual, por infringir el art. 1258 CC y causan un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, al no generar una reciprocidad económica. Como consecuencia de lo cual, estimó íntegramente la demanda.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Motivo único de infracción procesal. Cuestión nueva en apelación.*

Planteamiento:

- 1.- El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC , por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al haberse introducido una cuestión nueva por la sentencia de apelación, con infracción del art. 465.1 LEC .
- 2.- En el desarrollo del motivo se afirma resumidamente que la sentencia de la Audiencia Provincial hace referencia al control de transparencia cuando ello no había sido tratado en primera instancia.

Decisión de la Sala:

- 1.- No puede afirmarse que la sentencia de segunda instancia introdujo *ex novo* la cuestión de la transparencia de las cláusulas suelo controvertidas, cuando en la contestación a la demanda la propia entidad prestamista alegó que cumplían las exigencias de transparencia de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y en el apartado II del hecho cuarto (páginas 12 a 23) desarrolla un extenso argumentario sobre la existencia de transparencia en la formulación e inclusión de las cláusulas en cuestión. Además, en la audiencia previa se fijó como cuestión controvertida si las cláusulas estaban o no excluidas del control de contenido, lo que, como mínimo, tiene una relación indirecta con el control de transparencia. Y en la oposición al recurso de apelación, la entidad bancaria volvió a alegar expresamente que había cumplido todas las normas de transparencia.
- 2.- En todo caso, aparte de que el control de transparencia estuvo en el debate en primera instancia y en apelación, la mención por parte de la Audiencia al control de transparencia se relaciona con su concepción de la entidad prestataria como consumidora, en cuyo caso incluso cabría el control de oficio. Por lo que habrá de ser al resolver el recurso de casación cuando se trate la procedencia del control de transparencia respecto de las cláusulas suelo objeto de litigio.
- 3.- Por estas razones, el recurso extraordinario de infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación.

TERCERO.- *Primer y segundo motivos de casación. Inaplicación de los controles de transparencia y abusividad a contratantes no consumidores. Planteamiento.*

- 1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, TRLGCU), por cuanto la sentencia recurrida ha sometido al control de transparencia una condición general de la contratación utilizada en un contrato entre empresarios, cuando dicho control solamente es aplicable en contratos celebrados con consumidores.
- 2.- El segundo motivo, formulado también conforme al art. 477.1 LEC , denuncia infracción del art. 8, apartados 1 y 2, LCGC, en relación con la jurisprudencia establecida en la sentencia del Pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo .
- 3.- En el desarrollo de ambos motivos se argumenta, resumidamente, que Garaje Santa Inés no tiene la cualidad legal de consumidor, por lo que como estableció la sentencia de esta Sala 241/2013 , el contrato en que dicha entidad fue parte no puede ser objeto de control de transparencia, que queda reservado para los contratos en que el adherente es un consumidor. Además, la cláusula de intereses afecta a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), por lo que tampoco puede ser objeto de control de contenido.
- 4.- Dada la evidente conexión entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente.

CUARTO.- *Consideraciones previas. Una sociedad mercantil que actúa en su ámbito empresarial no puede ser consumidora. Los contratos de préstamo no se rigen por la normativa MiFID.*

1.- Aunque la Audiencia Provincial afirma que una sociedad mercantil, como la actora, puede ser considerada consumidora si actúa para financiarse, ello no tiene respaldo legal. En efecto, tanto conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bajo cuya vigencia se firmó el primer contrato, como a tenor del art. 3 del TRLGCU, que ya estaba en vigor cuando se firmó el segundo, las personas jurídicas que actúan en su ámbito profesional o empresarial con ánimo de lucro no tienen la cualidad legal de consumidores. Como la finalidad perseguida con la operación sometida a enjuiciamiento, un préstamo mercantil con garantía hipotecaria, era refinanciar la actividad empresarial de una sociedad limitada, de la que se predica legalmente el ánimo de lucro (art. 116 CCom), resulta claro que dicha sociedad, Garaje Santa Inés S.L., no intervino en el contrato como consumidora, por lo que no le resulta aplicable la legislación protectora de dicho tipo de sujetos.

2.- Del mismo modo, tampoco puede compartirse la conclusión de la sentencia recurrida relativa que a la operación controvertida se le aplique la normativa MiFID, puesto que los contratos de préstamo no se



encuentran dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, según se desprende inequívocamente de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y de la Ley del Mercado de Valores. Ni el préstamo es un contrato de inversión o un instrumento financiero, conforme a las definiciones contenidas en el anexo I de la Directiva, ni el banco actúa en dicho contrato como empresa de servicios de inversión.

QUINTO.- *El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.*

1.- La doctrina general sobre este tema ha sido formulada por la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio, en la que se compendian todos los pronunciamientos previos. Como decíamos en esa resolución, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. 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».

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir:

«En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-».

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que:

«[l]a 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».

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación».

Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril, estableció:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente»

[...]

«las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las



condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

SEXTO.- *Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.*

1.- Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre).

Como recordamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 138/2015, de 24 de marzo, que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical:

«[c]onforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

3.- Pero 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, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al decir en su párrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia material en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.



5.- Razones por las cuales, reiterando la jurisprudencia ya expuesta, deben estimarse estos dos primeros motivos de casación.

SÉPTIMO.- Tercer motivo de casación. La buena fe como parámetro de interpretación contractual.

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación se formula también al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que el art. 1258 CC es una norma de integración del contenido contractual, que no puede utilizarse para trasladar el contenido del art. 82.1 TRLGCU al régimen de nulidad de las condiciones generales en contratos entre empresarios.

Decisión de la Sala:

1.- Decíamos en la tan citada sentencia 367/2016, de 3 de junio , que vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 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; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; 1141/2006, de 15 de noviembre ; y 273/2016, de 23 de abril). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, porque en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

3.- Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.



Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

4.- Como resulta que estas últimas circunstancias ni siquiera han sido objeto de alegación, este tercer motivo de casación también ha de ser estimado.

OCTAVO.- *Consecuencias de la estimación de los tres primeros motivos de casación.*

1.- La estimación de los tres primeros motivos de casación hace innecesario el examen y resolución del cuarto motivo, puesto que éste se refiere a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, que no ha sido declarada.

2.- A su vez, conlleva que deba anularse la sentencia recurrida y confirmarse la de primera instancia.

NOVENO.- *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal debe conllevar la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación implica, a su vez, desestimación del recurso de apelación. Por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación (art. 398.2 LEC), mientras que las del recurso de apelación deben imponerse a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

3.- Procede la pérdida de los depósitos constituidos para el recurso extraordinario de infracción procesal y para el recurso de apelación; y la devolución del prestado para el recurso de casación. Todo ello, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Mare Nostrum S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 21 de marzo de 2014, en el recurso de apelación nº 151/2013 . **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos. **3.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Garaje Santa Inés S.L. contra la sentencia núm. 11/2013, de 4 de marzo, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 y Mercantil de Huelva , que confirmamos en todos sus pronunciamientos. **4.-** Imponer a Garaje Santa Inés S.L. las costas del recurso de apelación. **5.º-** Imponer a Banco Mare Nostrum S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **6.º-** No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. **7.º-** Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Magistrado que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

PRIMERO.- Con absoluto respeto a la decisión de los Magistrados y compañeros de la sala debo indicar, desde ahora, que el voto que formulo, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial objeto de examen, se realiza tanto desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión de la naturaleza y alcance del control de transparencia, como desde la coherencia de los planteamientos que vengo sustentando en esta materia. En este contexto, y hasta que el legislador nacional se ocupe de esta importante cuestión social que afecta a criterios de justicia contractual y a los intereses generales, sustento que la noción jurídica de la transparencia, como principio general del derecho, permite que la protección dispensada por el control de transparencia se extienda, también, a la contratación entre empresarios. En efecto, como ya tuve ocasión de desarrollar en el voto particular que formulé a la STS 367/ 2016, de 3 de junio , a cuyos fundamentos jurídicos me remito, no puede negarse que el plano axiológico y teleológico de la



normativa objeto de aplicación, esto es, la LCGC, sienta los presupuestos de su aplicación en los siguientes aspectos. Por una parte, en la correlación entre una reglamentación predispuesta y la posición de inferioridad del adherente. Situación de inferioridad que se traduce tanto en su posición negocial (la cláusula le viene impuesta, sin posibilidad de negociación), como de conocimiento en los casos de asimetría de información respecto de las consecuencias que comporta su aplicación. Por otra parte, el fundamento de su aplicación responde a una reacción del ordenamiento contra el clausulado abusivo tanto por su carácter injusto (contrario a Derecho), como por comportar una vulneración de los bienes jurídicos que deben ser objeto de tutela en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales. De ahí que, para el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de la transparencia, sea indiferente la condición del consumidor, de empresario o de la empresa que resulte perjudicada por la cláusula declarada abusiva por falta de transparencia, siempre que su posición negocial, como se ha señalado, sea la de un mero adherente de la reglamentación predispuesta; sin posibilidad de negociación. Además, tampoco se puede cuestionar que una plasmación de esta extensión ya se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 9 de la Ley 3/2004 de Lucha contra la Morosidad (LLCM) prevé el control de abusividad entre empresas en el ámbito de su aplicación. Avance que, conforme a las Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, también recoge la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y se resalta en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 2 de diciembre de 2016. **SEGUNDO.**- En virtud de lo razonado y dado que la sentencia de la Audiencia consideró acreditado que la entidad prestamista no cumplió con sus especiales deberes de transparencia, las cláusulas litigiosas debieron calificarse de abusivas por aplicación del control de transparencia con la consiguiente nulidad de pleno derecho de las mismas.