



Roj: STS 2550/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2550
Id Cendoj: 28079119912016100010
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2121/2014
Nº de Resolución: 367/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO SALA CIVIL

GABINETE TÉCNICO

Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, CIP 2121/2014.

El control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, ha resuelto desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante-apelada contra la sentencia dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña, con fecha 29 de mayo de 2014, en el recurso de apelación n.º 93/2014 .

La demandante, que había suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, formuló una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de la cláusula de limitación del interés variable (cláusula suelo) incluida en el contrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato celebrado entre las partes.

Interpuesto recurso de apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial lo estimó tras confirmar la calificación de la demandante como no consumidora y de la cláusula analizada como una condición general de la contratación. Consideró que la información ofrecida a la prestataria había sido suficiente, que no se trataba de una cláusula ilegible, ambigua e incomprensible, y que el denominado segundo control de transparencia únicamente era aplicable en contratos con consumidores.

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de apelación es si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

En la sentencia analizada, de la que ha sido ponente el Excmo Sr. D. Pedro José Vela Torres, la sala recuerda que tiene declarado que el 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.

También destaca 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, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Y que ha resaltado en varias sentencias que 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.

Y concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. 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. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que 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.

Establecidas las conclusiones precedentes, la Sala Primera analiza el caso sometido a enjuiciamiento teniendo en cuenta 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, y que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, principio general capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, 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.

Desde esta perspectiva, en el caso sometido a enjuiciamiento, al no haberse discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, y que la sentencia recurrida declara como hecho probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias -base fáctica de la que se ha de partir al no haberse sostenido recurso de infracción procesal-, la Sala Primera concluye que no se puede afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, ni que su comportamiento haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom .

Madrid, junio de 2016.

Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2121/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 367/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En Madrid, a 3 de junio de 2016.

Esta sala ha visto , en pleno, el recurso de casación interpuesto por D.^a Teodora , representada por la procuradora D.^a Silvia Barreiro Teijeiro, bajo la dirección letrada de D.^a M^a del Carmen Martínez Campo, contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, en el recurso de apelación núm. 93/2014 , dimanante del juicio ordinario núm. 161/2013 del Juzgado Mercantil n.º 1 de A Coruña. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Alfonso Espada Méndez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Inés Conde Rodríguez, en nombre y representación de D.^a Teodora , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que declare que el tipo de interés a devengar sea el que figura en el contrato cuando dice "El tipo de interés total a aplicar a cada período se determinará mediante la adición de 0,60 puntos porcentuales al valor que represente el tipo básico de referencia que resulte aplicable a cada período de interés; este diferencial permanecerá invariable durante toda la vigencia del contrato.

»El tipo básico de referencia a aplicar será el EURIBOR... declarando la nulidad de la cláusula que indica: "Límites de variabilidad del tipo de interés.- Las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual".

»Condene a la entidad Banco Pastor (actualmente Banco Popular) a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la cláusula declarada nula de acuerdo con las bases explicitadas en el cuerpo de esta demanda con sus correspondientes intereses legales y los intereses judiciales, a partir de la sentencia »Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 16 de abril de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña y fue registrada con el núm. 161/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María del Pilar Castro Rey en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte Sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Banco Popular Español, S.A. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado Mercantil n.º 1 de A Coruña dictó sentencia, de fecha 6 de noviembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por Teodora , asistido por la Letrada Sra. Martínez Campo y representado por la Procuradora Sra. Conde Rodríguez contra la demandada, Banco Pastor (actualmente Banco Popular), representada por la Procuradora Sra. Castro Rey y asistida por el Letrado Sr. Capell Navarro, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula tercera en el apartado "límites de variabilidad del tipo de interés" cuyo tenor literal dispone que "las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual", contenida en el contrato de 5 de diciembre de 2.006 suscrito entre Teodora y Banco Pastor y, en consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del contrato en el que se inserta.

»Desestimo la petición condenatoria formulada en la demanda.

»Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 93/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y desestimación del formulado por vía de impugnación por la demandante, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual debemos desestimar y desestimamos la demanda deducida por D^a Teodora contra el Banco Popular Español S.A., todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias».

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

1º.- La procuradora D.^a Inés Conde Rodríguez en representación de D.^a Teodora , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC ., al vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución al haberse infringido normas legales que rigen los actos y garantías del proceso causantes de indefensión a esta parte; en concreto el artículo 376 de la LEC relativo a la valoración de las declaraciones testimoniales y la jurisprudencia que lo interpreta».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Por presentar la resolución del recurso interés casación conforme al artículo 477.2.3,º toda vez que la sentencia recurrida y tramitada por razón de la materia, se opone a Doctrina Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la sentencia 241/13 de 9 de mayo de 2013 y el Auto aclaratorio a la misma de 3 de junio de 2013 así como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 75/2011 y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 , por infracción de los artículos 5.1, 5.5 y 7 de la LCGC sobre nulidad de cláusula limitativa del tipo de interés en la contratación entre profesionales, interesándose la casación de aquella por oponerse a dicha doctrina del T.S.».

2º.- 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 la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 9 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Tener por desistida a la representación procesal de D^a Teodora del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada, el 29 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 93/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 161/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, con imposición de las costas causadas en este recurso y pérdida del depósito constituido.

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Teodora contra la misma sentencia».

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

4º.- Por providencia de 19 de febrero de 2016, modificada por providencia de 26 de febrero de 2016 en lo relativo a la designación de ponente, se nombró al que lo es en este trámite, y, advertida la posibilidad de que la sentencia resolutoria de este recurso deba formar doctrina sobre alguna de las cuestiones planteadas, se acordó someter su conocimiento al Pleno de esta Sala, señalándose para votación y fallo el 27 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 5 de diciembre de 2006, D.^a Teodora suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Banco Pastor, S.A. (actualmente, Banco Popular S.A.), por importe de 1.230.000 €, con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia.

2.- El plazo de duración pactado del préstamo era de veinte años y, en garantía de su devolución, se hipotecó el propio local objeto de la financiación. El tipo remuneratorio se regía por las siguientes reglas:

a) En un primer periodo, con duración hasta 31 de diciembre de 2007, se aplicaría un tipo fijo del 4.45% nominal anual.

b) A partir de esa fecha el tipo de interés sería variable con arreglo a la siguiente pauta:

«El tipo de interés total a aplicar a cada período se determinará mediante la adición de 0,60 puntos porcentuales al valor que represente el tipo el tipo básico de referencia que resulte aplicable a cada período de interés; este diferencial permanecerá invariable durante toda la vigencia del contrato. El tipo básico de referencia a aplicar será el tipo EURIBOR».

c) Junto a lo anterior, se incluyó una cláusula, denominada «Límite de variabilidad del tipo de interés», del siguiente tenor:

«Las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual».

3.- Hasta el año 2010, el banco únicamente aplicó la cláusula suelo durante cuatro meses. No obstante, en ese año, los responsables de la sucursal bancaria donde se había concertado la operación comunicaron a la prestataria que se aplicaría la cláusula suelo, si bien, dado el montante del capital prestado, gestionarían una rebaja del tipo de interés. Fruto de lo cual, durante los años 2010 y 2011 se aplicó un interés del 3,50%. Pero a partir de 2013, se aplicó la cláusula de limitación a la variabilidad del interés en su literalidad.

4.- La Sra. Teodora formuló una demanda contra la entidad bancaria, en la que, con fundamento en los arts. 315 CCom , 1258 CC y 8.2 LCGC, solicitó la nulidad de la cláusula de limitación del interés variable. A la cual se opuso la prestamista, y alegó resumidamente que la actora no es consumidora; que el préstamo se obtuvo para financiar la compra de una oficina de farmacia; que la cláusula forma parte del objeto principal del contrato y fue negociada y no impuesta; que estaba resaltada en el contrato; y que los actos posteriores de la demandante revelan el conocimiento que tenía de la cláusula en cuestión.

5.- La sentencia de primera instancia partió de que la actora no tiene la condición de consumidora, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo. No obstante, sostuvo que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea un consumidor, pues en el Derecho nacional las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 LCGC. Así como que la exposición de motivos de LCGC mantiene que el control de contenido de las condiciones generales de contratación se rige por las normas sobre nulidad contractual. Considera no acreditado que la prestataria fuera consciente de la operatividad de la cláusula, ya que no se le había ofrecido información previa, comprensible y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertaban las mismas. Como consecuencia de lo cual, estimó la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato celebrado entre las partes.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial lo estimó, tras confirmar la calificación de la demandante como no consumidora y la de cláusula analizada como una condición general de la contratación. La sentencia de apelación consideró que la información ofrecida a la prestataria había sido suficiente y cubría las exigencias positivas de oportunidad real de conocimiento de la cláusula suelo litigiosa por parte del adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no tratarse de una cláusula ilegible, ambigua, oscura e incomprensible. El denominado segundo control de transparencia únicamente es aplicable en contratos con consumidores. Considera probado que el elevado montante económico del contrato requirió un importante periodo de negociación dentro de los límites permitidos por las condiciones de la entidad demandada. La cláusula suelo es clara y no está enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultasen su identificación; y la demandante siempre tuvo constancia de su existencia a lo largo del íter contractual, hasta el punto de que obtuvo, en atención a su condición de cliente preferente, bonificaciones del banco, de manera tal que le fue aplicado un interés inferior al contractualmente pactado como atención de la entidad demandada.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Único motivo. Existencia de interés casacional.*

Planteamiento:

1.- El único motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por interés casacional, mediante un motivo único, a su vez dividido en dos submotivos.

2.- En el submotivo primero se denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, fijada en la conocida sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo, el auto que se dictó en aclaración, de 3 de junio de 2013, así como la sentencia de 4 de noviembre de 2010, en la interpretación dada por el Tribunal Supremo a los artículos 5.1, 5.5 Y 7 LCGC, sobre los requisitos de incorporación de condiciones generales a los contratos celebrados entre profesionales. En su desarrollo y con cita extractada de la sentencia de 9 de mayo de 2013, se cuestiona que no se haya aplicado el control de transparencia a la cláusula por tratarse de un profesional y sostiene la necesaria aplicación de los parámetros que dio aquella resolución para efectuar este control.

3.- En el submotivo segundo se alude a la existencia de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que han aplicado parámetros similares a los de la sentencia de 9 de mayo de 2013, para declarar la nulidad de la cláusula suelo inserta en contratos entre empresarios. Y que resultan contradictorias con otras sentencias de Audiencias Provinciales que no han dado lugar a dicha nulidad.

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

1.- 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 núm. 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».

3.- Por su parte, las sentencias de Audiencias Provinciales que la recurrente invoca para apoyar su tesis, en su mayoría no afrontan el problema de la relación entre profesionales, sino que tratan casos en que se superpone o confunde la cualidad de consumidor y profesional del prestatario, bien porque aunque el préstamo se solicitó para el negocio, lo que se hipotecó fue la vivienda del prestatario, bien porque el inmueble hipotecado era al mismo tiempo el domicilio del prestatario y la sede de su negocio, bien porque se considera que un empresario puede actuar como consumidor en determinada operación bancaria ajena a su ámbito profesional.

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

1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Dicho 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 núm. 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 núm. 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, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato:

«conforme 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.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

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 correspondiendo a los tribunales la configuración de un «*tertium genus*» que no ha sido establecido legislativamente, dado que 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.

QUINTO.- *La buena fe como parámetro de interpretación contractual.*

1.- Establecidas las conclusiones precedentes y 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. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; 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 artículo 1.258 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 ; y 1141/2006, de 15 de noviembre). 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, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

SEXTO.- *Análisis del caso sometido a enjuiciamiento. El necesario respeto a los hechos probados. Inexistencia de prueba de abuso de posición contractual dominante.*

1.- Dado que la parte recurrente desistió del inicialmente formulado recurso extraordinario por infracción procesal, y únicamente mantuvo el recurso de casación, no podemos alterar la base fáctica de la sentencia recurrida. Es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo ; 56/2011, de 23 febrero ; 71/2012 de 20 febrero ; 669/2012, de 14 de noviembre ; 147/2013, de 20 de marzo ; y 5/2016, de 27 de enero ; entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, hemos de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida.

2.- En el caso que nos ocupa, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida declara como hecho probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias, por lo que, al no haberse sostenido recurso de infracción procesal, hemos de partir necesariamente de dicha base fáctica. Por tanto, no podemos afirmar que hubiera desequilibrio

o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. Al contrario, se ha declarado probado que hubo negociaciones intensas entre las partes y que la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom .

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- Pese a la desestimación del recurso de casación, dada la divergencia de pronunciamientos judiciales existentes, se considera adecuado no hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permite el art. 394.1 LEC , por remisión del art. 398.1 de la misma Ley .

2.- Procede la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Teodora contra la sentencia dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, con fecha 29 de mayo de 2014, en el recurso de apelación n.º 93/2014 .

2.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia:

Tipo de procedimiento: CASACIÓN Número: 2121/2014

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

VOTO PARTICULAR

Voto particular concurrente con el fallo que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Introducción, contexto valorativo de la discrepancia y planteamiento metodológico del voto particular formulado.

PRIMERO.- 1. Introducción.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de la Sala debo indicar, desde ahora, que el voto particular concurrente que formulo, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de transparencia y su íntima conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales, incluido en este fenómeno la contratación entre empresarios.

Esta cuestión, es de suma trascendencia para la correcta comprensión del fenómeno jurídico en toda la integridad o unidad que presenta pues, sin duda, en la naturaleza y alcance del control de transparencia, como control de legalidad en orden a la valoración de la eficacia resultante de la reglamentación predispuesta, radica la "especialidad" de la contratación bajo condiciones generales como auténtico "modo de contratar", diferenciado del modelo del contrato por negociación. Calificación ya otorgada por esta Sala en numerosas sentencias, entre otras, la número 614/2012, de 18 de junio .

La centralidad de esta cuestión en el estudio del fenómeno jurídico comporta, a su vez, que su correcta comprensión no sólo sirva para la necesaria tuición del adherente, parte débil en el contexto de este modo contratar, sino también para la mejor defensa y equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este importante sector del tráfico patrimonial. Desde el incremento de la seguridad jurídica hasta la mejora de la competencia a través de la "calidad de negociación" de la reglamentación predispuesta, pues la cláusula abusiva constituye, per se, el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial.

Por otra parte, y en el marco de estas líneas introductorias, debo indicar que la formulación de este voto particular también responde a un compromiso de coherencia interna con la doctrina que he sustentado, desde el principio, a la hora de abordar este complejo fenómeno jurídico, claramente reconocible en la sentencia citada de 18 de junio de 2012 . Por lo que el desarrollo de la fundamentación técnica que acompaña a este voto particular, dada la unidad y sistematización señalada del fenómeno, guarda una necesaria razón de lógica- jurídica con los anteriores votos particulares formulados en el ámbito de esta materia; principalmente con relación a la Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo , relativa al alcance del efecto restitutorio de las denominadas cláusulas suelo, y a la Sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre , relativa a las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad del vencimiento anticipado respecto de la ejecución hipotecaria instada.

2. Planteamiento metodológico del voto particular. Contexto valorativo de la discrepancia y delimitación de planos de análisis.

Debe partirse, tal y como hemos enunciado, de que el voto particular que se formula no cuestiona el fallo de la sentencia, esto es, la desestimación del recurso de casación interpuesto. En este sentido, dicha concurrencia estriba en que la sentencia de instancia declaró como hechos probados que hubo negociaciones entre las partes que variaron las propuestas u ofertas iniciales en favor de los intereses del cliente que, además, fue advertido del funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo; por lo que, a no haberse interpuesto recurso de infracción procesal que cuestione la valoración de dicha base fáctica, el recurso de casación debe ser desestimado tanto porque el presupuesto de aplicación de la LCGC no se produjo, pues se llegó a la conclusión de que el clausulado fue negociado y, por tanto, no predispuesto, como porque la entidad bancaria cumplió con su especial deber de ofrecer una información comprensible al cliente (fundamento sexto, apartado segundo de la sentencia de esta Sala).

En este contexto, nuestra discrepancia, acorde con la finalidad expuesta que guía este voto particular, radica en la fundamentación que la sentencia desarrolla para justificar, con carácter general, la no extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre empresarios; particularmente con relación, como es lógico, a los pequeños y medianos empresarios que actúan como meros adherentes en dicha contratación.

La cuestión, en los términos así planteados, es decir, en el plano de la fundamentación jurídica, es de suma importancia, pues afecta a la correcta comprensión del control de transparencia y su incidencia en el fenómeno de las condiciones generales de la contratación. Para la mejor comprensión del plano conceptual del debate conviene que ilustremos con un ejemplo, las consecuencias prácticas que se derivan. Pensemos, por un momento, que Basilio y Emiliano son hermanos, sin conocimientos o experiencia profesional destacable en el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros. Dichos hermanos, en 2008, se plantean solicitar, cada uno de ellos y a título personal, un préstamo bancario para cubrir necesidades principales que afectan a sus respectivos intereses. En el caso de Basilio , para iniciar su actividad profesional, como empresario autónomo, y conseguir financiación para la adquisición e instalación de un kiosco de prensa, por lo que pretende solicitar un préstamo de 50.000 euros. En el caso de Emiliano , para adquirir su vivienda habitual, por lo que pretende solicitar un préstamo de 200.000 euros. En ambos casos acuden a la misma entidad financiera siendo atendidos por la misma persona y recibiendo idéntica información. Por lo que al final de estos tratos preliminares suscriben sendos contratos de préstamo, que incluyen una cláusula suelo, más la respectiva garantía hipotecaria, y un contrato swap para la cobertura de la posible fluctuación de intereses, de los que no reciben una información comprensible por la entidad bancaria.

Pues bien, en el plano de las consecuencias prácticas señaladas, la aplicación de la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia de la Sala solamente va a permitir la aplicación del control de transparencia y, por tanto, la protección que se deriva de dicho control, a uno solo de los hermanos, es decir, a Emiliano y, no a Basilio , pese a que asumieron una idéntica posición negocial, esto es, la de ser meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad financiera que finalmente resultó abusiva por falta de la transparencia debida. En síntesis, la razón última que para la sentencia resulta determinante a la

hora de justificar esta diferenciación de trato viene contemplada en su fundamento cuarto, en los siguientes términos:

« [...] 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 correspondiendo a los tribunales la configuración de un «*tertium genus*» que no ha sido establecido legislativamente, dado que 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 contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores».

En nuestra opinión, esta solución no es la correcta, ni tampoco la que cabe esperar si se utilizan adecuadamente los criterios que dispensa nuestro Derecho acerca de la interpretación y aplicación de las normas. Como a continuación vamos a exponer, ni la interpretación que conduce a la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios es « *un tertium genus* », pues más bien, por el contrario, lo que sí que lo es, tal y como propone la sentencia, es establecer un control de incorporación, escindido, es decir, no de comprensibilidad real del clausulado, sino meramente formal de carácter predispuesto de la cláusula y de su inteligibilidad, con anclaje en la legislación general, civil o mercantil, sin percatarse que dicho control, incluso con referencia al control de incorporación, parte necesariamente de la legislación especial (Directiva 93/13, TRLGDCU y LCGC), es decir, de la predisposición de la reglamentación realizada como premisa necesaria para la posible aplicación de este control por vía judicial, nunca del esquema del contrato por negociación de la legislación civil o mercantil. Como tampoco resulta acertada la conclusión interpretativa de que estemos ante una cuestión que responda, en sentido estricto, a una opción legislativa pues, aunque resulte conveniente o deseable, la cuestión aquí planteada puede y debe ser resultado desde la interpretación y aplicación de la normativa ya existente a la luz de los valores que la informan y de la jurisprudencia que los ha desarrollado. Habida cuenta de que resulta incontestable que la normativa existente no prohíbe, expresamente, dicha interpretación extensiva.

Para la mejor comprensión del voto particular procede que exponamos, previamente, los planos metodológicos y de análisis que estructuran conceptualmente el desarrollo de este voto particular.

Así, en primer lugar, vamos a destacar la importancia del plano axiológico o de principio jurídico que ya tiene el ideal de la transparencia en el desenvolvimiento de esta normativa especial y, por tanto, su incidencia informadora en la interpretación y aplicación de la misma. Por lo que, de acuerdo con la función que tiene la jurisprudencia, no puede desconocerse que en su ámbito de interpretación del ordenamiento jurídico está también la decantación y aplicación de los nuevos principios que surjan y de su alcance informado

En segundo lugar, y desde la propia concreción técnica de la transparencia (comprensibilidad real del clausulado), bien como vertiente del propio control de abusividad, o bien como elemento del control de incorporación, destacaremos que su extensión a la contratación entre empresarios no puede ser objetada desde parámetros de la legislación general civil o mercantil, donde dicho control, responda a una u otra naturaleza, no tiene cobertura o anclaje conceptual posible. Como tampoco puede ser objetada pretendiendo una asimilación simplificadora entre los conceptos de transparencia y abusividad (fundamento de derecho cuarto, apartado tercero de la sentencia), es decir, confundiendo lo que es la calificación de la cláusula, esto es, su declaración como abusiva, con lo que es el objeto de dicha calificación, es decir, el enjuiciamiento de su comprensibilidad real por el adherente, con independencia de que además se requiera de otro elemento, como sostienen los partidarios de su reconducción al control de incorporación, es decir, que resulte perjudicial para los intereses del adherente a los efectos de su declaración de abusividad pues, en cualquier caso, la declaración de abusividad seguirá siendo una calificación jurídica diferenciable del enjuiciamiento, propiamente dicho, de la transparencia de la cláusula como cláusula comprensible para el adherente.

Si se observan los planos señalados (axiológico y de concreción técnica de la figura), se comprende como, desde el inicio de su fundamentación, la sentencia yerra en la perspectiva metodológica que escoge y, por tanto, también en la respuesta que obtiene desde esa errónea perspectiva de análisis. En este sentido, se le contesta a « Basilio » que, ante la ausencia de una respuesta expresa de la normativa especial, la pregunta debe hacerse a la legislación civil general (fundamento de derecho tercero, apartado uno de la sentencia). Pero dicha pregunta no puede obtener una respuesta satisfactoria con remisión a los elementos tradicionales de la interpretación e integración del contrato por negociación, tal y como hace la sentencia (artículos 1281 , 1256 y 1258 CC y 57 CCom), pues desconoce que el presupuesto ancilar, que justifica la especialidad que encierra la aplicación de este control, no es otro que la predisposición de la reglamentación efectuada y, por tanto, su carácter no negociado. Por lo que el esquema del contrato por negociación, y con ello la pregunta

realizada, resultan inadecuados para obtener una respuesta que no sea evidentemente negativa, dado que la interpretación e integración que se deriva del contrato por negociación, que por definición parte del acuerdo de voluntades «los contratantes pueden establecer los pactos...», artículo 1255 CC », no tienen por objeto el control de legalidad y la posible ineficacia de las cláusulas acordadas, a diferencia, del control de legalidad que acompaña a las condiciones generales, bien referido a la comprensibilidad real como vertiente del control de abusividad, o bien como un elemento integrante del control de incorporación.

El ideal de la transparencia como nuevo principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales.

SEGUNDO-1. Cambio social y evolución jurídica

Señalaba el Profesor Díez-Picazo, en su magnífica obra «Experiencias jurídicas y teoría del derecho, Barcelona, 1983», que la experiencia histórica era una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. Para precisar, más adelante, que una postura negativa del cambio jurídico resultaba insostenible lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica. Por lo que la admisibilidad de una interpretación evolutiva o de reajuste del ordenamiento jurídico le parecía del todo irrecusable.

En la actualidad, también resulta irrecusable que el reciente desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial, tanto de la del TJUE como la de esta Sala, sobre todo a tenor de las consecuencias derivadas de la anterior crisis económica, es un claro testigo de este tiempo de cambio y, quizás, de su progresiva aceleración; pero también, y esto es lo especialmente relevante, es representativo de un excelente campo abonado para detectar la importancia o calado de los cambios que se están produciendo.

En la línea de esta perspectiva de análisis, no puede desconocerse la relevancia que ha adquirido, cada vez más presente, el ideal de la transparencia en la convivencia social y, por ende, en la progresiva evolución jurídica de la misma. Importancia que no solo se manifiesta en el actual entendimiento de nuestra organización política, en el correcto funcionamiento de los poderes públicos y de la propia Administración, sino también y, sobre todo, en el seno de los valores y convicciones que la sociedad reclama para que se realice el ideal de lo justo. Este ideal de lo justo está ya encarnado en la noción jurídica de transparencia como germen del cambio social y de la evolución que lo acompaña. De ahí la necesidad de atenderlo en todos aquellos ámbitos de la interpretación y aplicación normativa sobre los irremediadamente ya incide. También, claro está, con relación a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales.

2.-Tipología del cambio social. El ideal de transparencia como germen de transformación y evolución jurídica. Fundamentos de su configuración como principio jurídico.

Aunque, con carácter general, la tipología del cambio social, esto es, la forma en que debe llevarse a cabo esta función de evolución o reajuste del ordenamiento jurídico, puede responder a vías o cauces distintos (ideológicos, tecnológicos, económicos, etc.), no obstante, en ocasiones, el tipo del cambio se encuentra en la propia evolución del ámbito normativo y en la jurisprudencia que lo desarrolla. Se trata entonces de indagar si, producido un cambio legislativo en una determinada materia del ordenamiento jurídico, el criterio normativo que trasluce la norma, debe ser acogido como un nuevo principio que ejerza una función informadora sobre la materia en la cual incide e, inclusive, sobre otras zonas del ordenamiento aunque de manera directa no guarden, por el momento, una expresa relación con dicho criterio.

En nuestra opinión, si seguimos los consejos de don Federico de Castro y Bravo (Derecho Civil de España, Madrid, 1984), y no nos quedamos en la contemplación de la «mera corteza» de la norma jurídica, sino que nos adentramos en su «médula» o razón de ser, observaremos que en la actualidad el germen de esta tipología del cambio se halla ya presente en el ideal o concepto de transparencia que contempla la normativa europea sobre condiciones generales de la contratación y protección de consumidores, así como en la legislación especial nacional que la desarrolla.

En un primer momento, el epicentro de este proceso de cambio se advierte en la relevancia del instrumento jurídico adoptado, esto es, en el control de abusividad como control de oficio de la legalidad de la reglamentación predispuesta y, por tanto, como auténtico control de la eficacia resultante de la misma. Epicentro que, conforme a lo señalado, no solo ha incidido en la materia concreta de regulación, sino que ejerce ya una función de irradiación sobre otros ámbitos de influencia, caso del sistema legal de ejecución con la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en orden a la debida adecuación de nuestra ejecución hipotecaria a las exigencias de la normativa de la Unión Europea (SSTJUE de 3 de junio de 2010 y 14 de marzo de 2013).

Sin embargo, en un segundo momento, de la onda expansiva de esta irrupción, también se observa que el especial efecto que produce este cambio social en el plano axiológico, con todo, radica en la impronta transformadora que está acompañando el desenvolvimiento jurídico de la noción de transparencia como una vertiente consustancial del alcance y función del referido control de abusividad.

La base de esta transformación, esto es, del alcance o proyección que subyace en el nuevo criterio que trasluce la norma, tiene una clara constatación en la «médula» o razón de ser que informa la naturaleza y función del control de transparencia, pues responde directamente al anterior ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, claramente imbricado en la posición del adherente, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisiones conforme a una comprensión real de la reglamentación predispuesta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, es decir, a su aspiración, basada en la razonable confianza, de que la reglamentación predispuesta resulta transparente en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, se deriven de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación.

En la actualidad, la reconocibilidad de este cambio que trasluce el control de transparencia resulta incontestable tanto a la luz de los principios que informa la normativa aplicable, como en el seno de la jurisprudencia que los ha desarrollado. En efecto, por más que se intente aminorar la relevancia de este cambio, lo cierto es que los criterios establecidos en la normativa aplicable acerca de la «claridad, sencillez y concreción» de las cláusulas predispuestas (art. 4.2 de la Directiva, art. 5.4 LCGC y art. 80.1.a. TRLGDCU), no pueden quedar reconducidos al marco de un mero control formal referenciado en el ámbito de la interpretación del contrato bajo la preferencia de la interpretación literal e inteligibilidad del clausulado. Por el contrario, como se ha señalado, conforme a la naturaleza y función del control de transparencia, o si se prefiere del control de incorporación, que a estos efectos no puede resultar escindido, dichos criterios son exponentes de un «plus cualitativo de protección del contratante adherente» que se proyecta en la valoración de la abusividad, o de la no incorporación, de la cláusula predispuesta como criterio de enjuiciamiento de su propia y entera eficacia. Proyección que lo diferencia nítidamente de los señalados ámbitos de interpretación e integración dispuestos por el Código Civil para el contrato por negociación; entre otras, STS núm. 406/2012, de 18 de junio de 2012 y STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13.

Una vez señalada la novedad del cambio legislativo en la naturaleza y función del control de transparencia, cabe preguntarse por la trascendencia o alcance del cambio operado, esto es, si el criterio normativo de transparencia, como derecho del adherente de recibir una información comprensible y directa en la situación de inferioridad en la que la reglamentación de sus intereses son objeto de una configuración unilateral o predispuesta trasluce, en realidad, un nuevo principio que debe ejercer una función informadora sobre la materia en la cual incide.

En nuestra opinión, el desenvolvimiento actual del control de transparencia muestra que esta trascendencia del concepto o del ideal de la transparencia ha cobrado ya cuerpo o fisonomía de auténtico principio jurídico. En este sentido, puede afirmarse que el cambio social en este ideal ya se ha producido y se ha instalado en la progresiva evolución jurídica. En los apartados siguientes se exponen, de un modo sintético, los fundamentos que justifican el tratamiento de principio jurídico que anida en el concepto normativo de transparencia.

2.1. Transparencia y plano axiológico. Su conexión con el orden público económico y su instrumentalización mediante un control de legalidad y de oficio.

Uno de los factores o claves metodológicas para indagar el alcance del criterio que incorpora la norma como nuevo principio se encuentra, sin duda, en la especial conexión que presente con el plano axiológico que lo justifica, es decir, con el desenvolvimiento actual de las directrices de orden público económico como expresión de los principios o criterios básicos con arreglo a los cuales el ordenamiento jurídico, en su conjunto, debe ser interpretado y aplicado.

Pues bien, en nuestro caso, se puede afirmar, recordando a Ripert y su monografía clásica sobre «La regla moral en las obligaciones civiles» que el concepto de la transparencia participa de un modo directo en el actual desenvolvimiento de las directrices de orden público económico, como un claro fundamento dinamizador y de concreción normativa del papel y función que hoy en día desempeña el principio de buena fe en la ordenación del tráfico patrimonial bajo condiciones generales, de forma que justifica los especiales deberes de configuración jurídica que incumben al predisponente en orden a procurar la comprensibilidad real, que no meramente formal, de la reglamentación predispuesta.

Esta conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico ya ha sido reconocida tanto en el ámbito de nuestra doctrina jurisprudencial, como en la jurisprudencia del TJUE. En el primer caso, basta con acudir, entre otras, a la STS núm. 464/2014, 8 de septiembre, en donde, conforme al acervo y el peso del derecho contractual europeo se declara lo siguiente:

«[...] En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación».

» [...] 5. *Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación*. En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014).

» 6. *Caracterización del control de transparencia*. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

» 7. *Fundamento*, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada.

Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la

aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predisuelta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

»8. *Alcance*. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: *"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"*.

Respecto a la jurisprudencia del TJUE también resulta incontestable este reconocimiento, pues el régimen de ineficacia que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predisuelta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público económico, conforme al principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13 (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los tribunales nacionales.

2.2. Transparencia y plano conceptual. Su aplicación como modo de contratar diferenciado del esquema del contrato por negociación.

Otra de las claves metodológicas que también nos permite indagar acerca de la trascendencia o alcance que incorpora el nuevo criterio normativo radica en la expansión conceptual que proyecta, es decir, en la innovación y alcance que releva su <<vis atractiva>>, en el seno de la dogmática tradicional en la cual incide, pudiendo determinar la aparición de nuevas categorías jurídicas anteriormente desconocidas.

No nos vamos a extender en esta clave claramente reconocible en el concepto normativo de transparencia y el control de legalidad que lo desarrolla, pues las SSTS de 18 de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014, entre otras, ya establecen la consideración de las condiciones generales como auténtico modo de contratar, diferenciado del contrato por negociación. Clave metodológica central para el correcto entendimiento de dicho fenómeno, de la aplicación del control derivado por el TJUE y, en suma, de la aparición de una nueva categoría en nuestra dogmática tradicional de la teoría general del contrato.

2.3. Transparencia y bienes jurídicos protegidos.

Por último, otra de las claves metodológicas que hacen reconocible el alcance de la transformación operada a través del nuevo criterio introducido es su proyección sistemática, esto es, su conexión con relación a los distintos bienes jurídicos que atiende la norma. En este sentido, el concepto normativo de la transparencia se proyecta de este modo sistemático tanto con relación a la protección del contratante adherente, como finalidad primordial, pero también con relación a la calidad de negociación y mejor competencia de la contratación seriada entre las empresas, a la cual favorece, así como con relación al valor o principio de la seguridad jurídica en el que contribuye, innegablemente, al aumentar el nivel de certeza respecto de las cláusulas que no superen el control de transparencia, apartándolas o excluyéndolas del tráfico patrimonial. Conviene señalar que gracias a esta sistematización que presenta el control de transparencia con relación a los diferentes bienes jurídicos protegidos, la doctrina de esta Sala, sentencia núm. 402/2015, de 14 de julio, ya ha reconocido que: «Con carácter general conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real

por el asegurado de las causas delimitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza».

3. A modo de conclusión.

En nuestra opinión, sobre las anteriores bases expuestas, a « Basilio », nuestro adherente, se le debe dar ya una respuesta positiva en su demanda de aplicación del control de transparencia respecto de una reglamentación predispuesta en la que no ha participado, ni ha podido negociar. En este sentido, una vez contrastado el alcance informador del nuevo criterio introducido por la norma, esto es, su proyección de auténtico principio jurídico en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales, la relevancia del instrumento jurídico configurado para su aplicación (control de transparencia), su innegable expansión conceptual y, sobre todo, su conexión o raigambre con la convicción social que ya considera el concepto de transparencia como una encarnación del ideal de lo justo, la jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación. Lo contrario es, una vez más, como decía don Federico de Castro, quedarse en la «corteza» de las palabras de la norma y no atender a la «médula» o razón de ser que la vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan.

La extensión del concepto normativo de «transparencia» a la contratación entre empresarios o profesionales. Su concreción técnica como control de legalidad, bien como control de transparencia, propiamente dicho, o bien como control de incorporación.

TERCERO.- 1. Cuestión previa: La correcta delimitación del contexto doctrinal objeto de debate y sus consecuencias prácticas.

Si del anterior plano axiológico examinado ya se puede concluir que procede la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre profesionales, la misma conclusión interpretativa puede alcanzarse si el objeto del examen se traslada al plano técnico de la naturaleza y función del control que determina su aplicación, bien sea éste configurado como un control de transparencia, propiamente dicho, es decir, como una plasmación o vertiente del control de abusividad, o bien sea éste configurado en el marco de un control de incorporación.

Para el correcto análisis de este plano de interpretación normativa conviene que distingamos entre las conclusiones que al respecto sustenta la sentencia de la Sala, y el contexto doctrinal que fielmente plantea una posible diferenciación en la plasmación técnica del concepto de transparencia y su reconducción al control de incorporación. Este contraste resulta determinante pues, como vamos a observar, el contexto doctrinal que realmente plantea esta posible configuración no resulta compatible con las conclusiones que alcanza la sentencia objeto de este voto particular.

En efecto, si atendemos al fundamento de derecho cuarto de la sentencia, significativamente rubricado «Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores», se observa que su argumentación descansa en una simplificación del debate doctrinal planteado acerca de la configuración técnica del control a través del cual debe proyectarse el juicio de transparencia de las condiciones generales. La sentencia de la Sala, que califica el examen de fondo o de comprensibilidad real del clausulado como un segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado (siguiendo la sentencia de 9 de mayo de 2013), sustenta, a tenor de las últimas sentencias (SSTS núm. 705/2015, de 23 de diciembre y núm. 138/2015 de 24 de marzo), que el concepto de transparencia, configurado como control de fondo o de comprensibilidad real, constituye directamente un control de abusividad y, por tanto, distinto del control de incorporación que es el que podría ser aplicado, en todo caso, de forma extensiva, por lo que al quedar reservado el control de abusividad a la esfera estricta de los consumidores, no puede ser aplicado el control de transparencia/abusividad a la contratación entre empresarios (apartado tercero de dicho fundamento de derecho).

Sin embargo, como hemos advertido, el debate doctrinal realmente planteado no puede quedar simplificado de esta forma, pues las conclusiones que se obtienen son muy diferentes si se analiza el correcto planteamiento del contexto doctrinal planteado al respecto. En esta línea, si atendemos al objeto de este debate doctrinal, esto es, la reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación, por todos, el brillante artículo del profesor don Sergio Cámara Lapuente: « Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas », publicado en los anales de la Academia Matritense del Notariado (Tomo LV), se observa, con nitidez, que las diferencias que sustenta este planteamiento doctrinal

respecto del control de transparencia, como una variante del control de abusividad, no afectan a la cuestión de fondo que aquí estamos tratando, esto es, a que el concepto de transparencia configurado, inclusive como control de incorporación, no pueda ser objeto de interpretación extensiva a la contratación entre empresarios.

En este sentido, si a dicho planteamiento doctrinal nos atenemos, las diferencias sustanciales respecto del concepto de transparencia configurado como una vertiente del control de abusividad son, en esencia, dos: 1.º) Que el control de transparencia, de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, ex artículo 4.2 de la Directiva, sea algo distinto del control de incorporación del artículo 5.1 de la Directiva sobre cualesquiera otras cláusulas no negociadas. Y 2.º) Que el control de transparencia aboque a una declaración directa del carácter abusivo, sin examen del desequilibrio sustancial o perjuicio que ocasione dicha cláusula al adherente.

Como se constata, y esto es lo importante en el presente caso, dicho planteamiento doctrinal no discute o cuestiona las siguientes consideraciones de especial importancia práctica para el debate planteado: 1.º) Que el control de incorporación es «único» para todas las cláusulas, bien esenciales o bien accesorias. 2.º) Que en la actualidad, conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 30 de abril de 2014) y la de esta Sala (sentencias de 18 de julio de 2012 y 8 de septiembre de 2014), el control de incorporación no puede aplicarse (escindirse) sólo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado. La razón expuesta resulta ya obvia en la actualidad. El presupuesto de aplicación en este control de incorporación, al igual que el control de transparencia, no es otro que el carácter predispuesto de la reglamentación y la posición de inferioridad del adherente. Del mismo modo, como se ha reiterado, que este control de incorporación no tiene anclaje en los planos de mera interpretación de integración que contempla el Código Civil, pues es un control de distinta naturaleza, esto es, de legalidad o eficacia contractual de la cláusula predispuesta. Conclusión que el TJUE ya ha establecido conforme al enjuiciamiento de fondo, que no formal, acerca de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado por el adherente (artículos 80.1 TR- LGDCU y 5.5 y 7 LCGC). 3.º) Que el control de incorporación tiene su sede natural, conceptualmente hablando, en la LCGC, y no en el Código Civil, en donde no cabe aplicar un control de incorporación escindido, esto es, referido sólo al control formal de inteligibilidad del clausulado. 4.º) Que reconocido el fundamento del control de incorporación en la LCGC, y el similar control de incorporación tanto en el texto refundido de la LGDCU (artículo 80), como en la citada LCGC (artículos 5 y 7), no hay inconveniente alguno de aplicar el concepto de transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, para todos los contratos de adhesión entre profesionales, pues su fundamento de aplicación es idéntico: predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente.

2. La improcedente asimilación técnica de los conceptos de transparencia y abusividad.

Una vez expuesta la compatibilidad de la posición doctrinal que reconduce el control de transparencia hacia el control de incorporación, pues precisamente dicha reconducción favorece y justifica, aún más, la extensión del concepto normativo de la transparencia a la contratación entre empresarios, también debe destacarse la imprecisión técnica en la que incurre la sentencia de la Sala al asimilar o confundir los conceptos de transparencia y abusividad. Las principales observaciones que deben tenerse en cuenta al respecto, son las siguientes.

En primer lugar, como se ha precisado, no cabe confundir conceptualmente, sea cual sea la naturaleza con arreglo a la cual se configura el control establecido (abusividad/incorporación), los conceptos de abusividad y transparencia. En este sentido, el primer concepto responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva, ya derive esta del propio enjuiciamiento de la falta de transparencia (tesis del control de transparencia), o ya resulte necesario, además, la prueba del desequilibrio patrimonial que produce dicha falta de transparencia (tesis del control de incorporación). Por su parte, el concepto de transparencia, también sea cual sea la configuración del control correspondiente, responde necesariamente al objeto de dicho control y no a su calificación, es decir, al enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausulado predispuesto, extremo que debe realizarse cualquiera que sea la configuración del control. Por lo que la abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta, y la transparencia el instrumento o parámetro que permite llegar a dicha calificación.

En segundo lugar, la asimilación tampoco resulta correcta en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, pues en este sentido, si bien es cierto que se ha tendido a justificar el control de transparencia en el plano del control de abusividad de la cláusula, no obstante, se ha hecho dejando claro que dicho control de transparencia representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial, supuesto que realmente queda excluido para los adherentes que no sean consumidores. Es más, si se atienden a las citadas

sentencias de 18 de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014, se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio general de abusividad, pueda configurarse también como un control de incorporación que en última instancia interese la declaración de abusividad de la cláusula como efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial.

Esta observación tiene también una clara constatación en las propias citas jurisprudenciales que la sentencia de la Sala cita en apoyo de esta asimilación conceptual (fundamento de derecho tercero). En efecto, si se atiende a las sentencias citadas en la que fui ponente de las mismas, esto es, la sentencia núm. 166/2014, de 7 de abril y la sentencia núm. 149/2014, de 10 de marzo, se constata claramente que la referencia al concepto de no consumidor del adherente se realiza respecto del anterior control de contenido en orden al posible desequilibrio patrimonial que ocasiona la pena convencional prevista en la reglamentación, pero no con relación al control de transparencia, como vertiente diferenciada en el control de abusividad. En parecidos términos, las citas de las sentencias núm. 246/2014, de 28 de mayo y 227/2015, de 30 de abril que, como expresamente contemplan los extractos de las mismas recogidos por la sentencia de la Sala, se refiere al control de contenido y no al control de transparencia.

En el mismo sentido, la sentencia núm. 227/2015, de 30 de abril, que se refiere también a un supuesto de aplicación del control de contenido y su exclusión respecto del adherente no consumidor. Cuestión que este voto particular no discute. En fin, incluso la sentencia que se cita en apoyo de una menor exigencia del control de incorporación en la contratación entre profesionales, es decir, la sentencia núm. 688/2015, de 15 de diciembre, precisa (apartado 14.º de la misma) que, según la demanda, el objeto del litigio en relación a la cancelación anticipada del contrato suscrito (un swap) quedó fijado con relación al ejercicio de una «acción de nulidad» basada en el incumplimiento de las exigencias del artículo 7.b LCGC, por lo que se interesaba la aplicación del artículo 1261.1 y 1256 del Código Civil. Plano del error del consentimiento que, como se ha señalado, no concurre en la aplicación del control de transparencia bien como vertiente del control de abusividad, o bien como elemento del control de incorporación.

3. A modo de conclusión.

De lo expuesto, cabe concluir que, salvo la presente sentencia, de ahí la justificación de este voto particular, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no se había pronunciado expresamente sobre la asimilación entre el control de transparencia y el concepto de abusividad a los efectos de excluir dicho control de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales. Por lo razonado, este planteamiento doctrinal resulta incorrecto y debe ser corregido. No hay razones de fundamentación técnica que objeten la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, esto es, la LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales.

De ahí que a « Basilio », nuestro hipotético adherente y pequeño empresario, hay que darle la confianza de que, más pronto que tarde, su demanda de tutela será atendida, pues en el ideal de la transparencia la convicción social ya reconoce la textura de un auténtico principio general del derecho que, sin duda, va a mejorar la protección de todos los ciudadanos. No en vano, el reciente Diccionario del Español Jurídico (Barcelona, 2016) en su primera referencia al término «transparencia» la define como: « Principio General que rige el fundamento del sistema institucional de la Unión Europea a fin de hacerlo más comprensible y susceptible de escrutinio directo por parte de los ciudadanos ».

CUARTO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales (fundamento de derecho tercero y cuarto de la sentencia), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios.