



La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación pre- dispuesta”: Una solución a medias.

Autor/a

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurispru-
dencia y Legislación*

RLM nº 8 | Año 2018

Artículo nº 1

Páginas 1-21

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Resumen: Se examina una propuesta de ley sobre la transparencia material en los contratos no negociados individualmente, la cual extiende la protección también a los empresarios. El estudio se centra en aquellos aspectos positivos y negativos de la transparencia material relacionados con los contratos de adhesión entre empresarios. Al mismo tiempo, se proponen algunos cambios para mejorar el texto normativo. El estudio termina con una propuesta más: la incorporación de una cláusula general de buena fe para todos los contratos de adhesión en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Palabras clave: condiciones generales de la contratación, cláusulas no negociadas, empresarios, transparencia formal, transparencia material, cláusula general de buena fe.

Abstract: This paper examines a Proposal of Law on material transparency in contracts that are not individually negotiated, which also extends protection to entrepreneurs. The study focuses on those positive and negative aspects of material transparency related to the adhesion contracts between entrepreneurs. At the same time, some changes are proposed to improve the normative text. The study ends with one more proposal: the incorporation of a good faith general clause for all the adhesion contracts in the General Terms of Contracting Law.

Key words: General terms of contracting; non negotiated contract terms; entrepreneurs; formal transparency; material transparency; general clause of good faith.

SUMARIO: 1. UN AVANCE QUIZÁ NECESARIO, PERO INSUFICIENTE. 2. LA CODIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS EN CONTRATOS DE CONSUMO. 3. PROPOSICIÓN DE UNA SOLUCIÓN LEGAL A UN PROBLEMA CAUSADO POR LA JURISPRUDENCIA: LA DESPROTECCIÓN DE LOS EMPRESARIOS. 4. LA TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS EN LA PrL.- I. La transparencia en los contratos de adhesión: un dilema que tiene una difícil respuesta.- II. Consideraciones anteriores a la PrL.- III. Justificación de la PrL.- IV. Técnica legislativa de la PrL.- V. ¿Diferenciación subjetiva en la protección de empresarios?- VI. ¿Diferenciación

en los presupuestos de control de transparencia material?- VII. La cláusula general de transparencia material.- VIII. Algunas observaciones de la PrL en relación con el control de transparencia material de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios.- VIII.1 Ubicación normativa de la cláusula general de transparencia.- VIII.2 Técnica jurídica.- VIII.3 La prueba del perjuicio por falta de transparencia.- VIII.4. El control de transparencia de las cláusulas principales y accesorias.- VIII.5. El silencio de las cláusulas sorprendentes en la PrL.- VIII.6. El régimen de ineficacia de las cláusulas que no superan el control de transparencia material. 5. EL SIGUIENTE PASO: UNA CLÁUSULA GENERAL DE BUENA FE PARA TODOS LOS CONTRATOS NO NEGOCIADOS.

1. UN AVANCE QUIZÁ NECESARIO, PERO INSUFICIENTE

No es infrecuente que los que nos dedicamos a la investigación analicemos también futuros textos legales aun cuando somos conscientes de la incertidumbre que se cierne sobre su futuro ya que su aprobación depende de factores que afortunadamente son incontrolables. Un análisis de un futuro texto legal es un ejercicio de política jurídica, en este caso desde la Universidad, para contribuir en la medida de lo posible a una mejora de su contenido a partir de una crítica que siempre ha de ser constructiva.

El 13 de febrero de este año, el Congreso de los Diputados aprobó por mayoría la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”¹, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Esta Proposición de Ley (en adelante, PrL) tiene como eje central la transparencia – material- en la contratación adhesiva², aunque, al mismo tiempo, contempla otras materias relacionadas como, p. e., la ineficacia de las cláusulas abusivas. Con la PrL se quiere codificar una jurisprudencia sobre la transparencia material, que ha sido desarrollada particularmente en torno a la cláusula suelo. De aprobarse en su día esta PrL, los tribunales tendrán por fin una base normativa más sólida, de la que de momento carecen, para declarar la ineficacia de las cláusulas por falta de transparencia material. Pero la mayor trascendencia de esta PrL es que extiende la protección de la

transparencia material a los empresarios que se adhieren a contratos con condiciones generales³. Nuestra jurisprudencia, tan claramente proclive a defender la transparencia material en los contratos adhesivos con consumidores⁴, cerró cualquier vía para extender esta jurisprudencia a favor de los empresarios adherentes. Ello supone una clara desprotección de los empresarios adherentes que no puede seguir tolerando el sistema. Con la PrL se quiere resolver esta situación con la inserción de una normativa específica en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). La principal norma propuesta (art. 6 bis 1) establece que “una vez que las cláusulas predispuestas resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, quedarán sujetas al control de transparencia”. A continuación, en el apartado siguiente, establece que “la tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios”.

Por primera vez, en una norma de alcance general (que comprende la mayoría de los contratos con condiciones generales), la transparencia material puede adquirir valor normativo. No sólo se reconoce que es un principio general de la contratación adhesiva, sino que se eleva a rango de norma. La transparencia material se eleva también a norma en el Texto Refundido de la Ley General por la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), con la particularidad de

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

que se extiende igualmente a los contratos individuales no negociados. Con esta propuesta, se produce también un acercamiento a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas (cfr. el art. 4.2)..

Para quienes son partidarios de la transparencia material como instrumento de control en la contratación adhesiva –que también tiene sus detractores en la ciencia jurídica patria- la PrL seguramente será bien recibida, sin perjuicio de las críticas constructivas que siempre se pueden formular a una proposición de ley.

Pero el avance, que supondría una reforma como la propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, se ha quedado a medias. Si se quiere proteger a los empresarios ante cláusulas que no cumplen con el nivel de transparencia material, lo procedente hubiera sido también impulsar una protección que permita a los empresarios denunciar las cláusulas que son abusivas. Hace 20 años, un Gobierno consideró que esta protección mediante una cláusula general de buena fe no era en absoluto necesaria, en contra de todos los textos y anteproyectos anteriores favorables a elevarla a rango normativo. Las corrientes neoliberales que entonces campaban a sus anchas cegaron a los legisladores, que creían –como después se ha demostrado erróneamente- que las normas generales del Código civil ofrecen suficiente protección a los empresarios adherentes ante cláusulas abusivas.

Cada vez son más los ordenamientos nacionales en Europa los que incorporan en sus textos legales la cláusula general de buena fe, sin limitarla sólo a los contratos adhesivos de consumo. Así, el § 307 BGB, el art. 6:233 NWB o el art. 15 del Decreto-Ley portugués sobre el régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación. El último en

incorporarla con carácter general ha sido el *Code civil*, aunque no menciona la buena fe –que es muy propio de la cultura jurídica francesa-, en virtud de la *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016 (art. 1171).

2. LA CODIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS EN CONTRATOS DE CONSUMO

A lo largo de esta década se ha ido consolidando una jurisprudencia significativa sobre la transparencia material como criterio de control de cláusulas en contratos adhesivos con consumidores. El origen de esta jurisprudencia es la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), la cual, al referirse a la transparencia, concluye que “la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. Al referirse al control de comprensibilidad real, la Sentencia está diferenciando la incorporación (o transparencia formal) de una cláusula y la transparencia material. Esta distinción supuso una novedad judicial, además de su enorme impacto inmediato en el mundo económico y jurídico. Por primera vez una resolución judicial defiende la posibilidad de controlar cláusulas principales (como la cláusula suelo), más allá del control formal, pudiendo ser declarada ineficaz. A esta resolución han seguido muchas otras muchas sentencias, todas ellas muy conocidas por tener por objeto casi siempre cláusulas suelo (también hay otras cláusulas analizadas con la lupa de la transparencia material como la cláusula <<multidivisa>> en la STJUE 20 septiembre 2017⁵ y la STS 15 noviembre 2017, RJ

2017, 4730). Sólo en los comienzos del presente año ya se han dictado varias resoluciones judiciales sobre la transparencia material (SSTS 17, 23, 24 y 29 enero de 2018 –RJ 2018, 34, JUR 2018, 29649, 29690 y 32824).

La transparencia material significa, según esta doctrina jurisprudencial, un verdadero juicio de «abusividad», pero distinto al juicio de «abusividad» que permiten los artículos 82 y ss. TRLGDCU. La buena fe se proyecta también sobre el control de eficacia pertinente al cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de aseguramiento de transparencia y comprensibilidad real que deben acompañar a la unidad lógica e inteligencia formal de la reglamentación predispuesta. Es un nuevo supuesto de nulidad desarrollado por la jurisprudencia. Es un control distinto y, por tanto, autónomo, que también puede apreciarse de oficio. Permite, además, un control abstracto, lo que posibilita el ejercicio de la acción cesación de condiciones generales de la contratación (en adelante, cgc) formalmente abusivas²⁶. La mayor trascendencia práctica de esta doctrina jurisprudencial es que también permite el control de cláusulas que regulan aspectos centrales o esenciales del contrato, lo cual tiene una especial relevancia en las cláusulas de interés remuneratorio (sean o no de interés variable)²⁷, pero que es factible respecto a cualquier otra cgc que no regule el objeto del contrato. Es importante esta matización porque existe, creo, el falso planteamiento de que la transparencia material sólo tiene su justificación en el control de cgc que se refieren al objeto del contrato. Si bien no es menos cierto que es en estas cláusulas donde el control de transparencia material adquiere una mayor relevancia.

Esta doctrina jurisprudencial tiene ahora un claro acomodo en la PrL⁶. Se debe, se-

gún el texto propuesto, “facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto cumplimiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no sólo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos” (art. 90 bis 2 TRLGDCU). La transparencia “tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos” (art. 6 bis 1 LCGC).

La PrL define la transparencia material partiendo de la comprensión material (real dice la jurisprudencia) de la cláusula (no negociada), distinguiendo esta transparencia de los requisitos de incorporación que debe cumplir cualquier cláusula (no negociada). Se precisa en el PrL en qué debe consistir la comprensión material. El consumidor no sólo debe comprender el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos. Cuando se trata de una cláusula general, su comprensión material supone también comprender el significado de la contratación en general.

El PrL acoge la doctrina jurisprudencial nacional y europea de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, que también tiene aplicación cuando las cláusulas no cumplen los niveles de trans-

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

parencia material (arts. 90 bis 2 TRLGDCU y 6 bis 1 LCGC)⁷.

3. PROPOSICIÓN DE UNA SOLUCIÓN LEGAL A UN PROBLEMA CAUSADO POR LA JURISPRUDENCIA: LA DESPROTECCIÓN DE LOS EMPRESARIOS

La doctrina jurisprudencial sobre la transparencia material fue negada a los empresarios adherentes desde el primer momento por el TS en las [Sentencias 3 junio 2016 \(RJ 2016, 2306\)](#), [18 \(RJ 2017, 922\)](#), [20 \(RJ 2017, 926\)](#) y [30 enero 2017 \(RJ 2017, 371\)](#), todas referidas a préstamos bancarios. El TS razona en la primera de las sentencias del siguiente modo: “El 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](#)” (RCL 1998, 960). Es más, “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”. Por ello, añade la Sala Civil, “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”.

Desde entonces el TS no ha variado su posición. Al margen de que en ningún caso se pueden aplicar los arts. 82 y ss. TRLGDCU a las cláusulas no negociadas entre empresarios porque no cabe la analogía *legis*, el TS cierra también cualquier posibilidad de extender a ellas el control de la transparencia material, con lo cual los empresarios quedan claramente indefensos. La respuesta ante esta situación se podría encontrar, en todo caso, en las normas generales del Código civil, concretamente en el art. 1258, o buscando otra vía de impugnación, como la anulación del contrato por vicios en el consentimiento.

En un voto particular muy extenso y fundamentado a la STS 3 junio 2016, el magistrado discrepante F. J. ORDUÑA MORENO aboga por una solución distinta, defendiendo que la transparencia es un principio general, un principio jurídico, del Derecho contractual, y, por tanto, rige también para las cláusulas no negociadas entre empresarias. A juicio de este magistrado, “el desenvolvimiento actual del control de transparencia muestra que esta transcendencia del concepto o del ideal de la transparencia ha cobrado ya cuerpo o fisonomía de auténtico principio jurídico”. Para el magistrado discrepante, “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 com-

prensibilidad real, que no meramente formal, de la reglamentación predispuesta”. En sede de la contratación no negociada, “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”. La transparencia comprende, a juicio del magistrado discrepante, tanto los requisitos de incorporación de las cláusulas como su comprensión real, que no sólo es un concepto legal, sino un verdadero principio jurídico, que, como tal, es aplicable en beneficio de la seguridad jurídica a toda la contratación no negociada.

Discrepa de esta tesis uno de los principales valedores en nuestra doctrina patria de la transparencia material, el profesor F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, quien opone que la misma “universaliza la aplicación del control de transparencia a todos los contratos de adhesión con empresarios prescindiendo de las circunstancias subjetivas de cada empresario adherente concreto”⁸. Con esta argumentación, este estudioso de la contratación adhesiva, parece negar que la transparencia sea propiamente un principio general o jurídico de la contratación, aun cuando no es menos cierto que la transparencia es exigida en muchos sectores de la contratación, como él mismo tiene que admitir, además de la protección que un determinado nivel la transparencia material se

debe otorgar a los consumidores. A favor de la tesis del magistrado discrepante de la STS 3 junio 2016 se pronuncia el profesor S. CÁMARA LAPUENTE para quien la transparencia no es propiamente un juicio de <<abusividad>>, debiendo ubicarse, a su juicio, cualquier cuestión relacionada con la transparencia en el ámbito de los requisitos de incorporación. Entiende este autor que se ha producido un desenfoque por parte del TS de la transparencia en la contratación adhesiva⁹.

Aunque el TS ha abierto una pequeña rendija por la vía del art. 1258 CC para proteger a los empresarios frente al perjuicio que la incomprensión real de cláusulas les pueda causar, seguramente no extenderá en el futuro su doctrina sobre la transparencia material a los contratos de adhesión entre empresarios. Como son miles y miles de empresarios los que se encuentran en situaciones parecidas a los consumidores, no se puede tolerar en un Estado Derecho que haya una protección totalmente asimétrica ante un conflicto idéntico, cual es el perjuicio que causan cláusulas por no ser transparentes.

Es en la jurisprudencia menor donde podemos encontrar algún atisbo de cambio. Así, la Sección 1ª de la AP La Rioja en Sentencia 12 abril 2017 (AC 2017/635) dice que es “perfectamente factible que un empresario o no-consumidor pueda instar la declaración de nulidad de una “cláusula suelo” de un contrato de adhesión que hubiera suscrito con un Banco, sobre la base de que la misma no ha sido negociada, y se ha introducido de forma sorpresiva, dando lugar a una contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general, que resultaría contraria a la buena fe”. Pero la mayoría de las Audiencias Provinciales siguen al pie de la le-

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

tra la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, entre muchas otras, Sección 1ª de Toledo, S. 18 enero 2018, Sección 6ª de Valencia S. 31 enero 2017 o Sección 15ª de Barcelona 8 julio 2015 – JUR 2018/ 68295, AC 2017/1643 y AC 2015/1178.

Todos podemos estar de acuerdo en que es necesaria más que nunca una respuesta legislativa para disipar de una vez la enorme inseguridad jurídica que con el desarrollo jurisprudencial de la figura de la transparencia material se ha creado, que, además, perjudica gravemente a los empresarios. Aunque en un futuro próximo las cláusulas suelo van a desaparecer en los préstamos bancarios, aparecerán otras cláusulas que no cumplirán las exigencias de transparencia según propugna el TS¹⁰.

Parece que las voces críticas apelando por un marco normativo que resuelva la desprotección que ha creado la jurisprudencia en el ámbito de la contratación adhesiva entre empresarios han encontrado eco entre los legisladores con la presentación del PrL por el Grupo Parlamentario Socialista y su posterior aprobación mayoritaria en el Congreso de los Diputados para iniciar su tramitación parlamentaria (ahora mismo, está en fase de presentación de enmiendas). Con la PrL se quiere regular la transparencia material en la contratación adhesiva, con la particularidad, además, de establecer un régimen diferenciado según los adherentes sean consumidores o empresarios. Nos centraremos en este estudio sólo en la transparencia material en la contratación adhesiva con empresarios según la articulada en el PrL.

4. LA TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS EN LA PrL

I. La transparencia en los contratos de adhesión: un dilema que tiene una difícil respuesta

Dice E. GOTTSCHALK que el concepto de transparencia atraviesa todo el Derecho de las condiciones generales de la contratación¹¹. Y no le falta razón. La transparencia es un presupuesto de incorporación de las cgc en el contrato. Es un criterio que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de las cgc. Se ha elevado a un criterio de control de contenido. Y está relacionada con el control material de las cgc. Con la Directiva 93/13/CEE, la transparencia es igualmente un presupuesto en los contratos individuales no negociados con consumidores.

No existe, además, un único concepto de transparencia, siendo muy diversos los supuestos de falta de transparencia. La separación entre transparencia formal y material no resulta fácil establecer en casos concretos.

La transparencia está relacionada con el conocimiento de las cláusulas que no son objeto de negociación. Ya que el adherente no puede negociar las cláusulas, al menos que se le garantice el conocimiento de las cláusulas. Pero tan o más importante es que el adherente comprenda las cláusulas no negociadas. Si son negociadas las cláusulas los contratantes han interiorizado su contenido. Hay cláusulas que por su propia función son complejas, muchas veces también porque forman parte de contratos complejos. Hay cláusulas que por su complejidad resultan de difícil comprensión, p. e., las cláusulas suelo o las cláusulas multidi-

visa, incluso para personas versadas en la materia.

¿Cómo puede facilitar el predisponente la transparencia de las cláusulas negociadas? ¿Qué medidas o reglas deben darse para que se cumpla la transparencia requerida? Las normas en todo caso fijan reglas muy básicas (facilitar el acceso a las cláusulas, escribir las cláusulas de manera que se comprendan desde el punto de vista lingüístico y que sean lo más claras posibles...). GOTTSCHALK propone que la transparencia se puede garantizar si las palabras que se emplean en las cláusulas son más cortas, si las frases son más sencillas y si los textos son más breves (no es concebible que un contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda tenga 100 páginas –antes de examinar el texto el consumidor ya está cansado y desanimado-). Sería importante que se cambiara la técnica de redacción de los contratos de adhesión, especialmente cuando encierran complejidades, p. e., incluyendo ejemplos ilustrativos o un dibujo. A veces son necesarias explicaciones añadidas o simulaciones¹².

En suma, la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente es un tema complejo que necesitaría de nuevos estudios. La PrL no aborda en realidad las cuestiones más candentes de la transparencia, pero al menos quiere dar una respuesta a varios problemas que en estos momentos existen

II. Consideraciones anteriores a la PrL

Con anterioridad a la PrL ya defendíamos que el legislador debería revisar el régimen de incorporación de las cgc, regular específicamente los presupuestos de las cláusulas sorprendentes y codificar, en su caso, la

figura jurisprudencial de la transparencia material.

También decíamos que para reconducir el control de la transparencia material a su debido cauce, sería oportuno que el legislador no lo admitiera más que mediante un control individual ya que la comprensión de las cgc depende de cada caso concreto, de multitud de factores. Tampoco debería admitirse de oficio, debiendo ser tratada la falta de transparencia material como un supuesto especial de ineficacia con independencia de quién sea el adherente. En el ámbito estricto de las relaciones contractuales de consumo, la protección individual y la no apreciación de oficio no irían en contra de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, ya que la misma sólo exige el control abstracto para asegurar el equilibrio objetivo de las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores. La doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la apreciación de oficio está pensada en cláusulas que materialmente son abusivas, es decir, que introducen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En la STJUE 21 diciembre 2016 (RJ 2013, 3088), que se pronuncia sobre varias cuestiones prejudiciales en relación con las cláusulas suelo, no se plantea directamente si se pueden apreciar de oficio las cláusulas que materialmente no son transparentes, si bien recoge, pero sólo con carácter general, la doctrina suya sobre la apreciación de oficio de las cláusulas que objetivamente son abusivas.^{13 14}

Finalmente, dijimos que sería necesaria una revisión del significado de la transparencia en la contratación adhesiva. En mi modesta opinión, se ha sobredimensionado la transparencia como criterio de control de contenido de las cgc. Pienso que se podría reconducir la transparencia al ámbito que le es propio, que

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

es la información general y personalizada que se debe dar en la contratación adhesiva al cliente –consumidor o empresario-. Ello ha de pasar también por reconsiderar el modelo de información en la contratación en general y particularmente en sectores específicos, como, p. e., el sector bancario.

III. Justificación de la PrL

La Exposición de Motivos (EM) justifica ampliamente la extensión de la transparencia a la contratación adhesiva en general, y, por tanto, extensible igualmente a los contratos entre empresarios. Según la misma, “el fundamento, la conveniencia y oportunidad de la extensión de esta protección o tutela jurídica al contratante adherente resultan evidenciados en consideración a los señalados intereses generales de la Nación y a los distintos intereses jurídicos que son objetos de protección de esta Ley. En efecto, desde esta perspectiva no hay argumento o razón práctica convincente para que la calidad de negociación y seguridad jurídica que reporta el control de transparencia en la contratación predispuesta con los consumidores, no resulta igualmente aplicable para todos aquellos contratantes que, en idéntica posición jurídica de los consumidores, es decir, sin posibilidades reales de negociación y con una clara inferioridad y asimetría de información sobre los productos o servicios ofertados, resulten meros adherentes de la reglamentación predispuesta por el profesional o empresario. Se trata, por tanto, de una legítima opción legislativa para que este cambio social y cultural, promovido desde los postulados de justicia contractual que proyecta tanto el valor de la transparencia, como el principio de igualdad y no discriminación (artículos 14 CE y 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), alcance

los máximos ámbitos posibles de aplicación en nuestro sistema jurídico. En beneficio de todos como sociedad incluidos, claro está, los intereses y el papel relevante de los profesionales que ajustando cada vez más sus prácticas contractuales a este cambio social y cultural que informa el valor de la transparencia no sólo van a redundar en la valorización de su marca comercial, sino también en situar al cliente en el «centro de gravedad» de su actividad profesional”.

Los redactores de la PrL tienen muy claro que los empresarios adherentes pueden encontrarse en situaciones de indefensión por falta de transparencia al igual que los consumidores, debiendo ser protegidos, como veremos más adelante, al mismo nivel. Razones de seguridad jurídica y de justicia contractual deben regir, según proclama el PrL, para todos, sean consumidores o empresarios los adherentes.

La EM reconoce que “ha sido y es una justa y constante demanda de los pequeños y medianos empresarios que dependiendo de la imprescindible financiación para el desarrollo de su actividad económica, del necesario acceso a servicios básicos para su actividad y, en su caso, de la consecución de la obra o encargo para el mantenimiento de la empresa, han tenido que aceptar, como meros adherentes, las condiciones y reglamentaciones predispuestas por la entidad financiera, por la empresa de servicios o por el contratista principal de la obra. Para evitar los posibles abusos en este sector de la contratación, la extensión del control de transparencia, como tutela del empresario adherente, representa también una legítima opción en pro de la calidad y seguridad de este modo de contratar con base a los mismos valores y postulados de justicia que han justificado su aplicación en el ámbito

de la contratación de consumidores y usuarios”. “No hay razón, insiste la EM, para mantener durante más tiempo esta injustificada discriminación en la contratación entre empresarios, que merece abrirse al principio de la transparencia y a la mejora de la calidad de negociación en beneficio del conjunto del empresariado y como repulsa firme y generalizada de la cláusula abusiva, verdadero patógeno de nuestro sistema de contratación que debe ser expulsado”.

Si bien, a diferencia de la contratación con consumidores, “se requiere para su aplicación que el empresario contratante lo solicite expresamente y acredite su condición de mero adherente en la reglamentación predispuesta objeto de impugnación”.

Se justifica este control en la contratación entre empresarios porque “con la extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios se evita, además, que la tutela que debe ser dispensada discurra indirectamente por otros cauces técnicamente no apropiados para este modo de la contratación, caso del recurso a la aplicación genérica del principio de buena fe del artículo 1258 del Código Civil, cuya aplicación, como se sabe, resulta más acorde en el marco de la integración contractual que se derive del contrato por negociación. De esta forma se gana también en precisión conceptual y sistemática a la hora de aplicar la presente Ley”.

IV. Técnica legislativa de la PrL

Los redactores de la PrL se han visto abocados, por la propia estructura de nuestro ordenamiento jurídico, a tener que reformar dos textos legales básicos como son la LCGC y el TRLGDCU para implantar un modelo de

transparencia en la contratación adhesiva (art. 6 bis LCGC y arts. 90 bis ss. TRLGDCU). Desde que el legislador en 1998 optó por una doble regulación legal de la contratación no negociada –que fue muy criticada en su momento-, una para establecer un marco básico de las condiciones generales de la contratación, y otra para regular las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, los operadores jurídicos se ven obligados a trabajar con dos leyes, las cuales no siempre coinciden en cuestiones que son idénticas. Esta doble regulación afecta también a cualquier reforma posterior. Al pretender la PrL principalmente la incorporación de la transparencia de las cláusulas no negociadas en el derecho vigente, los redactores se han visto obligados a modificar una y otra ley con unos resultados, como veremos más adelante, no siempre satisfactorios.

La pretendida incorporación de la transparencia de la contratación adhesiva no se limita a reformar los dos citados textos legales, sino que, al mismo tiempo, se reforma la Ley de Contrato de Seguro y la Ley del Mercado de Valores. Por razones obvias, queda fuera del alcance de la PrL la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario, la cual se ocupa específicamente de la transparencia formal y material en este sector de la contratación¹⁵.

V. ¿Diferenciación subjetiva en la protección de empresarios?

Una de las principales cuestiones que suscita la protección de los empresarios en la contratación adhesiva es si debe ser la misma para todos los empresarios, o si se debe diferenciar, desde luego, según quienes sean los empresarios. Los más necesitados de ser pro-

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

tegidos son los emprendedores y los empresarios personas físicas. La misma protección merecen también las pequeñas y medianas empresas. Mayores dudas pueden surgir tratándose de grupos de pequeñas y medianas empresas, y si son grandes empresas tampoco hay verdaderas razones para negarles una protección mayor¹⁶.

El principal texto legal no contiene ninguna diferenciación al referirse al empresario adherente (art. 2.3 LCG). La protección se limita a determinados requisitos que deben cumplirse para que las cgc se incorporen en el contrato de adhesión (arts. 5 y 7 LCG) y a unas reglas de interpretación a favor del adherente (art. 6 LCGC). Esta protección de alcance general para los adherentes está en consonancia con los principales textos legales foráneos (una excepción constituye Holanda¹⁷) y las propuestas de Derecho contractual europeo (una excepción es la fracasada Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, la cual se ocupaba de las cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios y con consumidores¹⁸). Y así lo ha sido en nuestro país en todos los anteproyectos anteriores a la LCGC, como también en las recientes propuestas de reforma de alcance general (2009 y 2016).

La PrL tampoco quiere limitar la protección a un determinado tipo de empresario. Aunque en la EM en algún momento se menciona específicamente a los pequeños y medianos empresarios, en el texto normativo no se hace distinción alguna. En el específico art. 6 bis 2 se dispone, con carácter general, que “la tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios”.

La decisión de extender el control de la transparencia material a todos los empresarios adherentes de condiciones generales me parece la más acertada. Tuve la oportunidad de señalar que la progresiva protección que están recibiendo la pequeña y mediana empresa en el Derecho contractual, tanto en Europa como en España, no nos debería llevar, sin embargo, a un tratamiento diferenciado entre empresarios en el ámbito de las cgc, y tampoco hay razones para equiparar las pymes al consumidor¹⁹. Por razones concretas, a veces el legislador limita subjetivamente la protección a determinados empresarios como la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario, cuyo ámbito subjetivo se extiende en muchas materias a los prestatarios que sean empresarios pero sólo si son personas físicas²⁰. La limitación subjetiva en este ámbito de la contratación se debe principalmente a que la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario es consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/17UE, de 4 de febrero, que es una Directiva de consumo, por lo que los legisladores nacionales procuran no ir mucho más allá de los mandatos comunitarios (p. e., en el BGB la protección alcanza también a los emprendedores que sean personas físicas). Pero cuando se dictan normas generales sobre la contratación adhesiva, no se debería limitar la protección a determinados empresarios adherentes, ya que, de lo contrario, surgen nuevos conflictos que no ayudan al buen desarrollo del intercambio de bienes y servicios en el mercado²¹.

VI. ¿Diferenciación en los presupuestos de control de transparencia material?

En principio, cabría esperar que la comprensión real o material de las cláusulas está más al alcance de los empresarios que de los consumidores porque tienen una mayor

preparación, porque repiten los mismos contratos o porque están mejor asesorados. Pero no siempre es así. Lo mismo cabría decir de los requisitos de incorporación de las cgc, aun cuando los arts. 5 y 7 LCGC no hacen diferenciación alguna. Además de alguna incursión doctrinal en el examen de los arts. 5 y 7 LCGC, exigiendo una mayor flexibilidad en la aplicación de los requisitos de incorporación en la contratación adhesiva entre empresarios por su excesiva rigidez²², hay resoluciones judiciales de tribunales inferiores que siguen también esta doctrina²³.

Donde se ha planteado con mayor finura una diferenciación, en este caso en el control de contenido, ha sido en Alemania, sobre todo a partir del momento en que se observaba que los tribunales aplicaban los mismos criterios de protección de los consumidores a los empresarios adherentes frente a cláusulas abusivas. Para un sector de la doctrina hay una jurisprudencia excesivamente restrictiva, debido en parte a que se exige al predisponente una prueba excesivamente gravosa para demostrar que ha habido negociación entre las partes. Y, por otra parte, se critica el excesivo uso indirecto del catálogo de las cláusulas prohibidas –eficacia indiciaria- según el § 309 BGB en el control de las cgc entre empresarios, en lugar de aplicar sólo la cláusula general de buena fe ex § 307.1 BGB²⁴. En España, no hemos tenido este debate por la sencilla razón de que no existe un control de contenido de las cgc en contratos entre empresarios.

Volviendo al control de transparencia material, cabe preguntarse si se deberían establecer presupuestos diferentes según el adherente es un empresario o un consumidor. Al menos para los redactores de la PrL los presupuestos son los mismos. Según el art. 6 bis 1 LCGC, el control de transparencia “tiene por

objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos”. En términos prácticamente idénticos viene redactado el art. 90 bis 2 TRLGDCU.

Los mismos presupuestos se exigen también para el control de transparencia material de las condiciones generales de la contratación entre empresarios. Dispone el art. 6 bis 2, frase primera, que “la tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios”.

En definitiva, los redactores de la Propuesta contemplan una cláusula general de transparencia material para todos los contratos de adhesión sujetos a la LCGC, siendo indiferente que el adherente sea consumidor o empresario. Esta solución entiendo que es la correcta habida cuenta de que los arts. 6 bis 1 LCGC y 90 bis 2 TRLGDCU contienen cláusulas generales, y, como tales, son de aplicación a todos los contratos sometidos a estas dos leyes (art. 6 bis 2 LCGC).

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

VII. La cláusula general de transparencia material

Atendiendo al tenor del contenido de los arts. 6bis 1 LCGC y 90 bis 2 TRLGDCU cabe entender, como ya se ha dicho, que son cláusulas generales²⁵ al tratarse de disposiciones legales que contienen una serie de reglas o criterios que deberán ser valoradas debidamente por los tribunales para enjuiciar la transparencia material de las cláusulas de los contratos de adhesión.

El núcleo central de la cláusula general de transparencia es el aseguramiento de la comprensión material de las cláusulas por parte los adherentes (consumidores y empresarios), comprensión material que debe proporcionar el predisponente. Sin embargo, la cláusula general no contiene ninguna concreción o referencia que permita al tribunal determinar cuándo una cláusula no es comprensible. La PrL diferencia entre la comprensión que la denomina formal y gramatical, debiendo cumplir el predisponente los requisitos de incorporación de las cgs (arts. 5 y 7 LCGC y art. 80. 1 TRLGDCU), y la comprensión material de las mismas. Pero mientras para el cumplimiento de los requisitos de incorporación de las cláusulas no negociadas hay unos mandatos legales claros (las cláusulas deben ser concretas, claras, sencillas, comprensibles), se omiten en la cláusula general de transparencia material presupuestos o requisitos más concretos. Sólo se exige que el adherente comprenda realmente la cláusula, lo cual va a depender de muchos factores tanto objetivos como subjetivos. La cláusula general de transparencia material es totalmente abierta, que será necesaria, por tanto, de una concreción posterior por parte de los tribunales de aprobarse la ley. No obstante, algunas indicaciones ofrece la cláusula general. Los tribunales deberán exa-

minar los deberes (legales y contractuales) que tiene el predisponente con el adherente para que comprenda el alcance real (jurídico y económico) de las cgc (arts. 6 bis.1 LCGC Y 90 bis 1 TRLDCU). Los tribunales también deberán comprobar, al menos en los contratos con consumidores, si el predisponente ha establecido, en el *iter* de la relación negocial, “los criterios precisos y comprensibles para que el consumidor y usuario pueda conocer el alcance jurídico del compromiso que a va asumir” (art. 90 ter TRLGDCU). Este criterio, que no aparece en el art. 6 bis LCGC, no obstante debería ser valorado también en la contratación entre empresarios.

Es presupuesto o requisito que la falta de transparencia material cause un perjuicio al adherente. Así viene establecido expresamente en el § 307.1, frase segunda, BGB. Incluso, para facilitar la apreciación del perjuicio, tanto para la <<abusividad>> material como para la <<abusividad>> formal, se presume que hay perjuicio cuando, según el § 307.2 BGB, “la cláusula no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere, o se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo”. En el texto propuesto por el Grupo Parlamentario Socialista no figura el perjuicio como presupuesto o requisito para sancionar la cláusula por falta de transparencia material ni tampoco establece presunciones para apreciar el perjuicio.

La norma que pretende ser una cláusula general debería ser siempre sencilla y clara. No es este el caso de la cláusula general de transparencia material de la PrL. En este sentido, queremos resaltar la sencillez con que está redactada la norma referida a la transpa-

rencia material de las cgc en la Propuesta de Código civil (2016)²⁶ o en el § 307.1 BGB²⁷. A nuestro juicio, la cláusula general es excesivamente larga, además compleja y también un tanto confusa en su redacción. Por otra parte, no nos parece necesario que la misma cláusula figure en la LCGC y en el TRLGDCU, siendo más correcta su ubicación en la primera por ser la ley principal de la contratación adhesiva. Por último, resulta redundante invocar en la misma el principio general de transparencia, como también es innecesario mencionar el principio de justicia contractual porque es obvio que es una de las finalidades de esta cláusula general.

En la cláusula general de transparencia propuesta no aparece el concepto de la buena fe aun cuando constituye el principal límite que no se puede traspasar so pena de que la cláusula sea entonces ineficaz por ser perjudicial para el adherente (así lo entiende el § 307.1 BGB -*Unangemessenheit durch Unklarheit*- como también cabe entreverlo el art. 525-7 de la Propuesta de Código civil).

VIII. Algunas observaciones de la PrL en relación con el control de transparencia material de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios

VIII.1 Ubicación normativa de la cláusula general de transparencia

Más arriba hemos puesto de manifiesto que debería haber una sola norma que articulara la cláusula general de transparencia material. Su lugar debería ser la LCGC, sin perjuicio de una remisión genérica al TRLGDCU. Dicho esto, nos podemos preguntar si es correcta la ubicación del control de transparencia material después de las reglas de interpretación ex art.

6 LCGC. Entendemos que por razones estrictamente de ordenación sistemática de las materias que regula la LCGC, quizá la ubicación de la cláusula general debería ser después del art. 5 que se ocupa de los requisitos de la transparencia formal. Es criterio común que la transparencia material, a la que se refiere la PrL, es un segundo control o filtro de transparencia. Pero también se puede argumentar a favor de la ubicación en el art. 6 bis LCGC que el control de transparencia material es posterior a la interpretación de las cláusulas.

Para una mayor claridad quizá podría haber sido oportuna la inserción en la LCGC de un capítulo específico sobre la transparencia formal y material de las condiciones generales o reordenar de nuevo los capítulos II y III de la LCGC.

Menos cuestionable es la ordenación que se ha seguido en la propuesta de reforma del TRLGDCU al incorporar un nuevo capítulo en el Título II después del capítulo referido a las cláusulas no negociadas individualmente y a las cláusulas abusivas. Al regular la transparencia material como un supuesto de <<abusividad>> parece adecuada la ubicación que se ha elegido. Además, permite cerrar el título II con un nuevo capítulo dedicado al <<régimen de ineficacia contractual de la cláusula declarada abusiva>>.

VIII.2 Técnica jurídica

Los redactores han considerado necesario regular con carácter general el control de transparencia material en dos textos cuando se podría haber propuesto su regulación principal en la LCGC. Nos parece sobre todo excesivamente larga, además un poco engorrosa en su redacción. Creemos que habría que re-

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

formular la cláusula de transparencia en atención a las siguientes observaciones a los arts. 6 bis 1 LCGC y 90 bis TRLGDCU.

Antes queremos aludir al título dado a los arts. 6 bis y 90 bis. Es muy clarificador el título dado: “El control de transparencia”. De la lectura de ambos preceptos se colige claramente que se refieren al control de transparencia material. Es un control de contenido como el control de las cláusulas abusivas, diferente, por tanto, del control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente. Se hacen estas matizaciones porque en la reforma propuesta de los arts. 82 y ss. TRLGDCU se inserta un nuevo capítulo que se denomina “Control de contenido”.

Quienes conocen la evolución jurídica y legal de la contratación adhesiva saben perfectamente que tradicionalmente sólo ha habido dos controles: el control de incorporación y el control de las cláusulas abusivas. Sólo desde finales del siglo pasado nace un tercer control (concretamente en Alemania por obra de la jurisprudencia), cual es el control de transparencia material. Este tercer control que ha sido defendido por el TS, con apoyo de un sector de la doctrina, se quiere codificar ahora en la PrL.

Tal como está formulada la cláusula general de transparencia material parece que al mismo tiempo es una norma explicativa al declarar que el control de transparencia consiste en “examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los esenciales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo”.

Se puede elegir una formulación más sencilla, más precisa, para decir lo mismo. Aparte de que no se tiene que decir a los tribunales lo que tienen que hacer en el control de transparencia material. Saben que este control es necesariamente posterior al control de incorporación –entre otros requisitos, “el predisponente debe facilitar la comprensión formal y gramatical de las cláusulas predispuestas”. Por eso resulta igualmente innecesaria la frase primera del art. 6 bis 1: “Una vez las cláusulas predispuestas resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, quedarán sujetas al control de transparencia”. Esta frase se podría suprimir perfectamente. Como resulta innecesaria en el texto la mención de la comprensión formal y gramatical de las cláusulas en contraposición a la comprensión material.

Es evidente que sólo cuando la cláusula es comprendida realmente por el adherente, éste puede conocer el significado y sobre todo su verdadero alcance (la jurídico y económico). En caso contrario, si el adherente no comprende el alcance de la cláusula, es por falta de transparencia. Por eso resulta superflua la última frase del art. 6 bis 1: “De forma que el consumidor y usuario comprenda no sólo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos”.

Debemos insistir en que sería conveniente que se reformulara el arts. 6 bis y se suprimiera el art. 90 bis en los términos que está redactado. Con una remisión expresa en el TRLGDCU a la LCGC sería suficiente para saber que el control de transparencia rige también en las cláusulas en contratos no negociados con consumidores.

Una formulación sencilla podría ser la siguiente: “Las cláusulas que por su falta de

transparencia causen un perjuicio al contratante adherente son abusivas”. Esta formulación responde perfectamente a la doctrina jurisprudencial sobre la transparencia como supuesto de <<abusividad>> y está en consonancia con el Derecho contractual moderno. Comprende además cualquier cláusula no negociada (no sólo las cgc) y abarca a los contratos de adhesión de consumo y entre empresarios. Corresponderá a los tribunales determinar cuándo una cláusula por su falta de transparencia cause un perjuicio al adherente.

VIII.3 *La prueba del perjuicio por falta de transparencia*

Una singularidad de la PrL, seguramente influenciada por la jurisprudencia, que faculta a los tribunales a apreciar de oficio la falta de transparencia material de cláusulas en los contratos de adhesión con consumidores (arts. 6 bis 1 LCGC y 90 bis 2 TRLGDCU). En su día manifestamos nuestra discrepancia con el control de oficio por parte de los tribunales al ser una cuestión que debería ser analizada en cada caso concreto²⁸. La comprensión real de una cláusula depende de muchos factores (un lenguaje jurídico correcto y apropiado, un lenguaje al alcance del adherente medio, una publicidad visible y clara, una buena información general y personalizada, explicaciones adecuadas, simulaciones en su caso...). Por los empresarios adherentes se espera una mayor comprensión real que cuando son consumidores, aunque también es cierto que en las operaciones no estrechamente ligadas a su actividad comercial los problemas de comprensión pueden ser para ellos más o menos los mismos. Diferente es en el control de «abusividad» material en el que se examina

objetivamente la relación de equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Sin embargo, la PrL niega la apreciación de oficio de la falta de transparencia material en los contratos entre empresarios –que nosotros compartimos plenamente-. Corresponde al empresario adherente probar que la falta de transparencia de una cláusula le ha causado un perjuicio. No es muy afortunada la redacción del art. 6 bis 2 LCGC cuando dice que “el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación”. Por otra parte, no es necesario que se diga a continuación que deberá “acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación”. La presunción de no negociación rige para los contratos de consumo (art. 82.2-2 TRLGDCU), pero no para los contratos entre empresarios.

Corresponde, pues, probar al empresario que la cláusula cuya falta de transparencia material cuestiona es una condición general (según el art. 1.1 LCGC) y el perjuicio que causa la falta de transparencia.

VIII.4. *El control de transparencia de las cláusulas principales y accesorias*

Al menos en España, el control de transparencia material ha surgido como consecuencia de litigios que han versado sobre cláusulas principales (el ejemplo más paradigmático es la cláusula suelo). Pero ello no nos debe llevar a la falsa creencia de que sólo las cláusulas principales deben ser objeto de control de transparencia. No es necesario establecerlo expresamente. Aun así los redactores de la PrL consideran que debería haber una norma que lo determinara, si bien sólo se hace esta determinación en sede del TRLGDCU: “Quedan sujetas a control de

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto” (art. 90 ter.). A pesar del silencio en sede de la LCGC, se debe entender que el control de transparencia en contratos con empresarios comprende tanto las cláusulas principales como las cláusulas accesorias.

VIII.5. *El silencio de las cláusulas sorprendentes en la PrL*

Las cláusulas sorprendentes constituyen un supuesto especial que, según los casos, pueden quedar sujetas tanto al control de incorporación como al control de <<abusividad formal>>.²⁹ Después de más de treinta años de regulación legal de las cláusulas no negociadas individualmente carecemos en nuestro ordenamiento jurídico de una norma sancionadora de cláusulas que resultan ser sorprendentes para el adherente. Sólo tenemos indicios normativos que permiten acoger y diferenciar las cláusulas sorprendentes de otras cláusulas anómalas en los contratos de adhesión³⁰. La PrL habría sido una buena oportunidad para insertar una norma específica sobre las cláusulas sorprendentes, concretar su ámbito de aplicación y determinar las consecuencias. Precisamente por la estrecha relación de las cuestiones que plantean las cláusulas sorprendentes con los requisitos de incorporación y con las reglas de interpretación así como con la «abusividad» formal, incluso material, se podría haber pensado si no sería oportuna una norma que se ocupara de las cláusulas sorprendentes.

VIII.6. *El régimen de ineficacia de las cláusulas que no superan el control de transparencia material*

El régimen de ineficacia de las cláusulas que no superan el control de transparencia material ha de ser el mismo para todas las cláusulas no negociadas. Debe ser también el mismo para las cláusulas abusivas. Con buen criterio, los redactores regulan el régimen de ineficacia de unas y otras cláusulas en una única norma en el TRLGDCU (arts. 90 *quater* y ss.). Con la remisión que hace el art. 6 bis 3 al TRLGDCU se entiende que el régimen de ineficacia de las cláusulas por falta de transparencia material en contratos con empresarios es el mismo que el previsto para las cláusulas de los contratos de consumo.

5. *EL SIGUIENTE PASO: UNA CLÁUSULA GENERAL DE BUENA FE PARA TODOS LOS CONTRATOS NO NEGOCIADOS*

Desde hace tiempo, algunos juristas venimos reclamando que el control de «abusividad» material se extienda también a las cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios mediante la inserción de una cláusula general de buena fe. Al menos hasta ahora, el art. 1258 CC ha resultado totalmente infructuoso como norma de control material de cláusulas en los contratos de adhesión entre empresarios³¹. La necesidad de una cláusula general de buen fe es defendida por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009), cuyo art. 1262.1 dice: “Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuan-

do causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de partes que deriven del contrato”. El paralelismo con el actual art. 82. 1 TRLGDCU y con el Derecho comparado y europeo es evidente³². Sólo que en la Propuesta de la Comisión General de Codificación se eleva a cláusula general para cualquier contrato no negociado individualmente. No se aparta de esta redacción la dada a la cláusula general de buena fe en la Propuesta de Código civil (2016), elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, cuyo art. 525-7.1 dice: “Las cláusulas no negociadas individualmente son nulas por abusivas cuando causan, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato”. Lo que debería ser una propuesta compartida por todos, sin embargo, es cuestionada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que aunque en su Propuesta de Código Mercantil (2013) se ocupa de las cgc, no contiene una cláusula

general de buena fe. En un trabajo anterior dije que “la Propuesta mercantil significa un claro retroceso en relación con la Propuesta civil. El aspecto más negativo es que la cláusula general de buena fe que se introduce en la Propuesta civil para cualquier contrato de adhesión desaparece en el texto mercantil. Si ya antes de la LCGC hubo una clara corriente a favor de extender la cláusula general de buena fe a todos los contratos de adhesión, y después los textos europeos de *soft law*, incluso la Propuesta de Reglamento de una normativa común para la compraventa europea, definden la cláusula general de buena fe sin hacer distinciones, no se comprende muy bien por qué la Sección de Derecho Mercantil no la quiso asumir. No creo que sea por el temor de sus redactores de que la cláusula general de buena fe permita un excesivo intervencionismo judicial en el mercado. Sólo una equivocada concepción neoliberal de la economía puede explicar la ausencia de la cláusula general de buena fe en la regulación de las cgc”³³. En fin, es ya la hora de dar el siguiente paso.

NOTAS

¹ El texto está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con fecha de 10 de noviembre de 2017, núm. 176-1 con el título: Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

² Así lo puso de manifiesto en la defensa de la PrL la diputada TUNDIDOR MORENO del Grupo Parlamentario Socialista. En los mismos términos se pronunciaron los diputados BATALLER I RUIZ del Grupo Parlamentario Mixto y NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ del Grupo Parlamentario Ciudadanos.

³ No parece que comprenda el el verdadero significado de la PrL el diputado del Grupo Popular, GARCÍA CAÑAL, quien niega que la PrL suponga un avance, porque con independencia de los avances legislativos que desde 2007 se han producido en el Derecho contractual de consumo, no puede negar este diputado la gran laguna legal que hay en España sobre la transparencia como requisito de la contratación adhesiva, que también perjudica a los empresarios. Igualmente incorrecta es la crítica al PrL del diputado MONTERO SOLER, del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. No se trata de un problema de hace más de veinticinco años, sino que ha surgido mucho más recientemente (a raíz de las cláusulas suelo que se empezaron a utilizar masivamente a partir de la última gran crisis económica).

⁴ Ya en fase de conclusión del trabajo, se ha publicado la STS 11 abril 2018, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, que niega el carácter de condiciones generales de la contratación, y, por lo tanto, no es de aplicación el control de transparencia material de una cláusula suelo, porque se entiende que hubo un acuerdo transaccional entre las partes. Este acuerdo, según se realta en la Sentencia, tuvo lugar en un momento de enorme incertidumbre sobre la validez de estas cláusulas por falta de transparencia. El TS, consciente de su decisión, deslinda este caso del resuelto en la STS 16 octubre 2017. El principal argumento del TS se basa en el art. 1816 CC cuya ratio principal es que la transacción, como contrato que es, tiene fuerza de ley. La decisión ahora tomada tiene como principal consecuencia que la demanda de nulidad interpuesta por varios consumidores por considerar nula una cláusula de cobertura de interés por abusiva es desestimada. Una vez más, el magistrado F. J. Orduña Moreno discrepa de la sentencia. Niega que hubiera un acuerdo transaccional –lo que no deja de ser un problema de calificación–; lo que hubo, según él, fue una novación que no puede eliminar el carácter abusivo de una cláusula como también entiende el propio TS. Pero, a diferencia del caso de la STS 16 octubre 2017, el acuerdo que hubo entre las partes es de naturaleza transaccional, No es una sentencia, como parece dar entender el magistrado discrepante, que contraria el derecho europeo –concretamente al orden público europeo– ni infringe normas comunitarias. Tampoco se separa de sentencias anteriores. El problema principal es calificación de unos acuerdos que para el TS expresan una voluntad transaccional, mientras que para el magistrado discrepante se trata de actos novatorios. Obviamente las consecuencias son distintas según cómo se califican los actos del caso concreto; por lo tanto, ya no es un tema de protección o no de los consumidores. Cabe preguntarse, no obstante, si una transacción puede <<eliminar>> o <<subsanan>> cláusulas que no cumplen con la transparencia o son abusivas. Efectivamente, el orden público europeo constituye un límite que no se puede rebasar. Pero la falta de transparencia o la falta de equilibrio que causa una cláusula no significa que sea ilegal o inmoral. Está en manos de los contratantes subsanar el perjuicio que causa la falta de transparencia o la falta de equilibrio de la cláusula al adherente. En definitiva, la injusticia contractual que causan cláusulas no comprensibles o contrarias a la buena fe puede ser resuelto a favor del adherente mediante un acuerdo transaccional.

Un despacho de abogados ha presentado una solicitud a la AP de Zaragoza para que eleve al TJUE una cuestión prejudicial en un asunto idéntico al resuelto por el TS en la S. 11 abril 208.

⁵ Comentada por mí, “Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Andriciuc y otros/Banca Românesacă SA”, *La Ley. Unión Europea*, nº 53, 2017. En la misma revista y en el mismo número, J.I. Paredes Pérez, “El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16”.

⁶ En ello insistieron en el debate la diputada TUNDIDOR MORENO y los diputados BATALLER I RUIZ y NAVARRO FERÁNDEZ- RODRÍGUEZ.

⁷ Refrendado por la jurisprudencia europea, [STJUE 21 diciembre 2016 \(asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15\) \(TJCE 2016, 309\)](#).

⁸ *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2017, pg. 147.

⁹ “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios”, *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii, Ed. Nomos, 2017, pgs. 215 ss.

¹⁰ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2017, pg. 11.

¹¹ “Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen”, *AcP* 206 (2006), pg. 591.

¹² *Op. cit.*, pp. 597 ss.

¹³ ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pg. 11.g

¹⁴ Sobre el efecto de la retroactividad y el pronunciamiento de este Alto Tribunal en relación con las decisiones de nuestro Tribunal Supremo hasta ese momento, entre otros, S. CALLEJO CARRIÓN, “A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo”, *Revista Lex Mercatoria*, nº 4, 2017, pgs. 21 ss.

¹⁵ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario” y S. TORRES RUIZ “La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Los Contratos de Crédito Inmo-*

biliario. Novedades Legislativas y problemas prácticos, dirs. Albiez Dohrmann y Moreno-Torres, Ed. Aranzadi, en prensa.

¹⁶ Sobre esta graduación y posible protección de empresas, *vid.*, en particular, M. LEHMANN/J. UNGERER, “Differenzierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle“, *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl *et alii*, Ed. Nomos, 2017, pgs. 295 ss.

¹⁷ La anulación de las cgc por ser abusivas o por falta de transparencia (art. 6:233 NBW) no se aplica a empresas que tengan cincuenta o más personas (art. 6:235.-1 b NBW). Tampoco pueden acogerse a este control las sociedades de capital que no están obligadas a dar a conocer públicamente el balance al final del año (art. 6:235. 1 a NWB).

¹⁸ No sólo se quería proteger al consumidor sino también a las pymes frente a cláusulas abusivas. Concretamente, el art. 7 decía con carácter general: “Solo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante. Cuando todas las partes del contrato sean comerciantes, la normativa común de compraventa europea podrá utilizarse si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa («PYME»). 2. A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que ES 30 ES (a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país”.

Sin embargo, la Propuesta dejaba en manos de los Estados miembros que el ámbito subjetivo fuese más amplio. Según del Considerando nº 21 de la misma, “es conveniente, por tanto, que la normativa común regule todas las transacciones entre empresas y consumidores y los contratos entre comerciantes cuando al menos una de las partes sea una PYME, en consonancia con la Recomendación 2003/361 de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Ello debe entenderse, sin embargo, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros adopten legislación que permita recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular contratos celebrados entre comerciantes que no son PYME. En cualquier caso, en las transacciones entre empresas, los comerciantes disfrutan de plena libertad de contratación, animándoseles a inspirarse en la normativa común de compraventa europea a la hora de redactar sus cláusulas contractuales”.

¹⁹ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, „Diferencias terminológicas en torno al empresario y en los presupuestos de control de abuso en las cláusulas de los contratos B2B“, *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl *et alii*, Ed. Nomos, 2017, pg. 267. Ya en tiempos pasados abogué por una protección sin matices de los empresarios adherentes en *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Ed. Thomson Civitas, 2009, pgs. 258 ss.

²⁰ *Vid.*, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Algunas reflexiones básicas sobre el ámbito de aplicación de la futura regulación legal de los contratos de crédito inmobiliario”, *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, dir. Pérez-Serrabona González, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018, pgs. 81 ss.

²¹ Parece que es también ya el planteamiento de I. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA en “La condiciones de consumidor/a o empresario/a en los contratos con doble (o simple) finalidad y los controles de abusividad (contenido) y transparencia en la contratación entre empresarios”, *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, dir. Pérez-Serrabona González, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018 pgs. 433 ss.

²² Entre otros, S. DURANY PICH, “Comentario de los artículos 5 y 7”, en *Comentarios a la ley de condiciones Generales de la Contratación*, dirs. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo, Ed. Civitas, 2002, pp. 264 ss. *Vid.* también mis reflexiones en *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, *op. cit.*, pgs. 120 ss., en particular las prácticas comerciales para que las cgc formen parte del contrato de adhesión, pp. 128 ss. En un reciente estudio, M^a N. MATO PACÍN entiende que hubiera sido preferible unos requisitos de inclusión que tuvieran en cuenta las particularidades del tráfico mercantil, caracterizado por la necesidad de una cierta celeridad en la contratación, la existencia de los usos y costumbres o la abundancia de vínculos empresariales duraderos que destacan por la ausencia de formalismos, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, pg. 271. Aboga también por una diferenciación y flexibilización de los requisitos de incorporación cuando el adherente es un empresario A. REDONDO, “Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas

La protección de los empresarios en la Proposición de Ley “De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta”: Una solución a medias

de contratación entre profesionales (reglas y usos uniformes de la CCI, contratos ISDA, CMOF y similares)”, *Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pgs. 248-249.

²³ Citadas por A. REDONDO, *op. cit.*, pp. 249-251. También en la monografía de MATO PACÍN se recogen algunas resoluciones judiciales sobre los requisitos de incorporación de las cgs en contratos entre empresarios, *op. cit.*, pg. 71, notas 111 y 112.

²⁴ Una buena exposición del debate en Alemania puede encontrarse en el artículo de B. GSELL, “Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Erstreckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Verkehr”, *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl *et alii*, Ed. Nomos, 2017, en particular pgs. 244 ss.

²⁵ Sobre su significado, *vid.* J. M^a MIQUEL GONZÁLEZ, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *La vinculación del juez a la ley, in memoriam* Francisco Tomás y Valiente, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, pgs. 297 ss.

²⁶ Según el art. 527-7.3, propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, “El carácter abusivo no alcanza a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y a su adecuación con el precio, siempre que se expresen manera clara y comprensible”.

²⁷ “Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”.

²⁸ Claramente en contra de la apreciación de oficio A. CARRASCO PERERA y C. GONZÁLEZ CARRASCO. Para ellos, la falta de transparencia es una incumbencia que sólo corresponde al contratante que la sufre, único legitimado para valorar su conocimiento de la cláusula en cuestión. Es, por lo tanto, jurídica y fácticamente imposible practicar un control abstracto de transparencia. Es más, se produce indefensión si a la entidad condenada en abstracto se le impide acreditar «en concreto» que en los contratos singulares x’ o y’ o en el caso de clientes singulares x’ o y’ se ha satisfecho cumplidamente la exigencia respecto de la transparencia (“La STS 241/2013, de 9 de mayo sobre <<las cláusula suelo>> es inconstitucional”, *Diario La Ley*, núm. 8159, 2013, pg. 19). En el fondo, estoy de acuerdo con esta crítica. La transparencia es siempre una cuestión particular, individual, debiéndose estar a cada caso concreto. El verdadero control abstracto, por el contrario, atiende a controlar el equilibrio objetivo de las cgc. Es en el control abstracto material donde tienen su razón de ser las acciones colectivas, mientras que para el control de transparencia deberían proceder las acciones individuales –la acción de no incorporación–. Como señalan CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, a diferencia de la «abusividad» de fondo, la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso.

En un trabajo anterior, por razones similares, también me opuse a la doctrina jurisprudencial que considera que es apreciable de oficio la falta de transparencia material de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores (“Los parámetros de control de las cláusulas suelo...”, *op. cit.*, pg. 11 y nota 25).

²⁹ En la jurisprudencia alemana hay dos principales grupos de casos de cláusulas sorprendentes: aquellas que están <<escondidas>> y otras que son incomprensibles (incomprensión que se podría evitar haciendo el predisponente las indicaciones debidas al adherente), GOTTSCHALK, *op. cit.*, pgs. 574-575.

³⁰ Por todos, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas predispuestas*, Ed. Marcial Pons, 1999, pgs. 494-498.

³¹ Por todos, MATO PACÍN, *op. cit.*, pgs. 403 ss.; también en mi obra *La protección de los empresarios*, *op. cit.*, pgs. 208 ss. Sobre la norma pueden ver mis observaciones formuladas en “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil: una tendencia muy europea”, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, 2011, pgs. 223-224.

³² Destacado también por MATO PACÍN, *op. cit.*, pg. 94.

³³ “Primeras observaciones a la Propuesta de Código mercantil en materia de condiciones generales de la contratación”, *Diario La Ley*, nº 8172, 2013. Muy crítica es también MATO PACÍN con esta propuesta sobre las cgc y la ausencia de un control material, *op. cit.*, pgs. 101-106.