De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores. El principio del fin de la historia

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Cada día avanza un poco más, por falta de racionalidad de la opinión contraria, la posibilidad de que los controles de «abusividad» y «transparencia» se apliquen también en contratos entre empresarios.

Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo 57/2017, de 3 de febrero, que anula de sentencia de apelación. La doctrina de la sentencia superior no es, por cierto, nueva, pero cada vez resulta más difícil mantener la racionalidad jurídica de la distinción expuesta. La Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 367/2016, de 3 de junio, excluía que el control de «abusividad» pudiera ser aplicado en contratos con empresarios. Con todo, «esto no quiere decir que en las condiciones generales entre empresarios no pueda existir *un abuso de posición dominante* [...] y que también pueda declararse que una condición sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un *desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*». La doctrina era una inconsistencia. Primero, porque el abuso de posición dominante nada tiene que ver con este problema, es un control autónomo de nulidad y no puede ser la condición para que una cláusula contractual entre empresarios sea nula. Segundo, porque el test residual que expone que una cláusula entre empresarios pueda ser nula por abusiva es sustancial y formalmente el mismo que en la contratación con consumidores. Formalmente, porque la propia sentencia repite el test del artículo 82 de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Sustancialmente, porque en ningún momento de su historia el Tribunal Supremo ha dedicado ningún argumento que pueda explicar en qué medida el *control derivado de las exigencias de buena fe del artículo 1258 del Código Civil es más laxo que el control del artículo 82 de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Según la sentencia comentada, entre «la buena fe y el justo equilibrio» del artículo 1258 y el control del artículo 82, hay una «laguna» que el juzgador no puede colmar. Imposible colmarla.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Imposible, salvo que se argumente, como en el confuso fundamento séptimo, que la buena fe y el justo equilibrio sólo sirven para proteger frente a las cláusulas que «subrepticamente» modifiquen el contrato y a las cláusulas «sorprendentes», en el sentido del *parágrafo 305c del Código Civil alemán*, que es cosa distinta para ellos (*cláusulas sorprendentes*, y debería serlo para nosotros, simples copistas) del control de transparencia cualificado del *parágrafo 307 (1) de la ley alemana*, que ha sido el modelo tomado por la jurisprudencia española.

El resultado era además abstruso, porque suponía que, según la Sentencia del Tribunal Supremo 227/2015, entre empresarios se practicaba un control de cláusulas no negociadas igual que el que se practicaba sobre cláusulas negociadas, y que el límite de validez era ahora (olvidado el art. 1258 CC) la moral y el orden público. Es evidente que el control de lo negociado y lo no negociado no puede ser el mismo, diga lo que quiera el legislador.

Pasemos ahora al control de transparencia, tal como fue definido en la digna de olvido Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo. «Como no podía ser menos» (!) se rechazó que el tráfico jurídico entre empresarios pudiera estar sujeto a control de abusividad, pero «se recordó» que el control de transparencia «simple» de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) era aplicable a toda clase de contratos (*exigencia de transparencia, claridad, concreción y sencillez, oportunidad real de conocer de manera completa*). Ahora bien, dijo la Sentencia del Tribunal Supremo 688/2015, de 15 de diciembre: «la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del artículo 7 LCGC *no alcanza un nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores*». Pero ¿dónde está el matiz diferencial? No olvidemos que el llamado control de transparencia «cualificado» es un invento alemán (*Transparenzgebot*) que ha encontrado su plasmación legal en el *parágrafo 307 (1) de su Código Civil*, donde se dice que un (en palabras españolas) «desequilibrio desproporcionado» se puede producir también como consecuencia de que las cláusulas «no sean claras y comprensibles». Ello forzosamente acaba produciendo un resultado redundante o una diferencia fundada en distinciones arbitrarias (recuérdese que el régimen alemán de cláusulas abusivas se aplica igualmente entre empresarios). Según la sentencia ahora comentada, la «aproximación» entre control de transparencia y abusividad es lo que impide que, faltando un control de abusividad de las cláusulas entre empresarios, se pueda aplicar un control de transparencia. Pero es de nuevo absurdo, porque la malhadada Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 ya declaró no transparente la cláusula suelo, que también reconoció que no podía declarar abusiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo 367/2016 se enfrentó directamente al problema del control de transparencia «cualificado» en los contratos entre empresarios. En términos más que oscuros, y no enteramente coincidentes con los de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, se declara que son intransparentes en sentido cualificado las cláusulas que «impuestamente impliquen 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, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación (!), es decir, tal y como se pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes de la contratación». No bastará la mera transparencia «documental o gramatical», sino «que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato [...] como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición tanto en los elementos o presupuestos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Pero vayamos ahora al caso. Se trataba de una cláusula suelo. Como no podía deducir otra cosa de su doctrina de la «transparencia cualificada» de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, el tribunal se ve impedido ahora para calificar entre empresarios esta cláusula de sorpresiva o insólita, *porque el adherente tampoco se la hubiera podido esperar, como no lo hizo el consumidor estándar de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013*. Pero finalmente la cuestión se desestima por una razón de prueba. A diferencia del consumidor, en estos casos es el actor el que tiene que probar la inconsistencia de la cláusula, sus legítimas expectativas, sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación. Nueva inconsistencia, porque la nulidad por falta de transparencia de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 tampoco pudo fundarse en ninguna prueba, en ninguna presunción de hecho, ya que se articulaba una demanda colectiva de nulidad y no se tuvo en consideración si el empresario había o no probado que en algún caso o con algún consumidor sí concurrían los requisitos que hubieran hecho transparente la cláusula. En definitiva, el acreditado tiene que probar si se adhirió o no a ella (cosa que ni tan siquiera tiene que hacer si se trata de cláusulas predispuestas), *pero pertenece al ámbito del iura novit curia si la cláusula es o no válida*.

El resultado final es inconsistente. Y, sobre todo, inestable, como no puede resultar de otra forma de la arbitrariedad y confusión de los argumentos. Mas la fruta está madura. Es tanta la inconsistencia que cada día estamos un paso más cerca de instaurar un verdadero control de contenido y transparencia (supuesto que difieran) en contratos entre empresarios. Todo está en que el Tribunal Supremo se tome en serio el artículo 1258 del Código Civil y quiera decirnos de una vez qué es el control de transparencia cualificado.