

## LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESARIOS\*

*Manuel Jesús Marín López*  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 3 de enero de 2018*

**Resumen:** La doctrina tradicional del Tribunal Supremo es que las condiciones generales incluidas en contratos entre empresarios están sometidas al control de incorporación o inclusión, pero no al control de contenido ni al control de transparencia. Esta tesis ha sido modificada por la STS de 3 de junio de 2016, que admite una suerte de control de transparencia y deja abierta la puerta a un posible control de contenido. En este trabajo se expone críticamente la doctrina contenida en esta importante sentencia.

### **1. Los controles de validez de las condiciones generales en contratos entre empresarios: la STS de 3 de junio de 2016**

Los no consumidores han tenido tradicionalmente una protección muy escasa en tanto que adherentes de contratos con condiciones generales de la contratación. En efecto, de los dos controles de validez contemplados en nuestras leyes (el control de incorporación y el control de contenido), solamente el primero de ellos es aplicable a las condiciones generales de los adherentes no consumidores.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, “Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo”, dirigido por el prof. Ángel Carrasco Perera (ref. DER2014-56016-P).



Este control de incorporación (o de inclusión) se encuentra regulado en los arts. 80.1.a) y b) TRLGDCU y en los arts. 5 y 7 LCGC, ley esta última que se aplica a todo adherente, sea o no consumidor. Conforme a estas reglas, no se incorporarán al contrato las condiciones generales que no sean comprensibles [art. 7.b) LCGC], y se requiere que “la redacción de las condiciones generales deberá ajustarse a los criterios de... claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5 LCGC). Estas normas apelan a la comprensibilidad “formal”, esto es, a la comprensibilidad semántica y gramatical. Además, las condiciones generales han de ser accesibles. El art. 7.a) LCGC dispone que no quedan incorporadas al contrato las cláusulas “que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5”. Por su parte, el art. 5.1 LCGC establece que “las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas”. Y el párrafo segundo añade que “no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

Una vez superado el control de incorporación, las condiciones generales pasan a formar parte del contrato. No obstante, para que sean válidas y produzcan efectos han de superar un segundo control, denominado “control de contenido”. Las cláusulas que no superen el control de contenido son abusivas y, en consecuencia, nulas. El control de contenido está contemplado en los arts. 82 y ss. TRLGDCU, lo que significa que sólo rige cuando el adherente es un consumidor.

Procede ahora examinar si el control de contenido también existe en las condiciones generales de la contratación. En apariencia, se regula para las condiciones generales en el art. 8 LCGC, intitulado “Nulidad”. Pero esta regulación es solo aparente, porque su apartado 1, que se presenta con una vocación de generalidad, está vacío de contenido, pues no es sino una reiteración del artículo 6.3 CC (“serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”). Y su apartado 2 dispone la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas en los contratos celebrados con consumidores, remitiendo al artículo 10 bis y DA 1ª de la Ley 26/1984 (hoy, arts. 82 y ss. TRLGDCU), por lo que simplemente acoge o reitera lo allí dispuesto, sin establecer un régimen general de control de contenido de las condiciones generales de la contratación.



En conclusión, de los arts. 8 LCGC y 82 y ss. TRLGDCU se infiere que sólo existe un control de contenido sobre las cláusulas no negociadas individualmente y las condiciones generales de la contratación en las que el adherente es un consumidor.

Esta es, además, la posición clásica del Tribunal Supremo. Siempre que el alto tribunal ha tenido que pronunciarse en su *ratio decidendi* sobre si las normas de control de contenido son aplicables también a los contratos entre empresarios, ha dicho que no. Así sucede, entre otras, en las SSTs de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1467), 7 de abril de 2014 (RJ 2014, 2184), 28 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3354) y 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2019). Como sostiene esta última sentencia, “en 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 (...). 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. 1255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC”. Más adelante concluye que “esta Sala ha considerado que un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad”.

Un razonamiento parecido puede hacerse respecto al control de transparencia, pues el Tribunal Supremo ha sostenido que sólo cabe en los contratos en los que el adherente es un consumidor.

El Tribunal Supremo ha sostenido, además, que no cabe una aplicación extensiva o analógica de los controles de contenido y de transparencia al caso del adherente empresario, pues no hay una laguna legal, sino que este diferente tratamiento ha sido deliberadamente querido por nuestro legislador (STS de 3 de junio de 2016, RJ 2016, 2306; FJ 4º, apartado 4).

Ello no significa que esas condiciones generales sean jurídicamente inatacables y deba predicarse su validez en todos los casos. Hay que partir de que la propia LCGC, que deliberadamente excluye el control de contenido en las condiciones generales de la contratación, contempla en su Preámbulo un párrafo (el octavo) que parece abrir la puerta a un control de contenido parecido al de abusividad en contratos entre empresarios. Ese



párrafo dispone lo siguiente: *“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. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”*.

Con apoyo en este texto, y en las nociones en él contenidas de “buena fe” y de “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”, algunas sentencias de Audiencias Provinciales han tratado de justificar un control de contenido de las condiciones generales cuando el adherente es un empresario. Algunas sentencias, incluso, relacionan este texto de la Exposición de Motivos de la LCGC con preceptos concretos del Código Civil, como los arts. 1255 (límite del *orden público*), 1256 (prohibición de dejar la validez y el cumplimiento del contrato al *arbitrio de una de las partes*) y 1258 (los contratos obligan a todas las consecuencias que sean conformes a la *buena fe*).

Esta era la posición de nuestra jurisprudencia cuando se dicta la STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2306). Esta sentencia constituye una auténtica revolución en esta materia<sup>1</sup>. Tras negar que la cláusula suelo en contratos de préstamo con empresarios pudiera estar sujeta al control de transparencia en los términos descritos por la STS de 9 de mayo de 2013, el Fundamento Jurídico 5º, que lleva por rúbrica “la buena fe como parámetro de interpretación contractual”, establece lo siguiente:

*“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*

---

<sup>1</sup> Sobre esta sentencia, PERTÍNEZ VILCHEZ, “Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *InDret*, octubre de 2016 [en [http://www.indret.com/pdf/1266\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf); fecha de consulta: 7.7.2017]; CÁMARA LAPUENTE, “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, en la web de Almacén de Derecho, junio de 2016 [en <http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>; fecha de consulta: 7.7.2017]



*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”.*

La sentencia utiliza por primera vez en nuestra jurisprudencia el principio general de la buena fe como una “norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato” en contratos de adhesión con empresarios.

En realidad, el recurso a la buena fe del art. 1.258 CC para expulsar del contrato condiciones predispuestas en contratos con empresarios puede tener un doble significado. En primer lugar, la contrariedad a la buena fe puede servir para solicitar la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado. Pero, en segundo lugar, también puede usarse para demandar la exclusión de una cláusula por su carácter



sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente. Cada una de estas vertientes debe examinarse por separado.

## **2. La buena fe como límite a las condiciones generales sorprendivas en contratos entre empresarios: la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario celebrados entre empresarios**

Procede ocuparse ahora de esa segunda vertiente. La buena fe puede servir para obtener la exclusión de una cláusula por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente. En este caso, se expulsa una cláusula, no porque sea objetivamente desequilibrada en su contenido, sino porque entra en contradicción con otro contenido contractual: el que legítimamente se había representado el adherente a partir de la información proporcionada en la fase precontractual. Hay una contradicción entre el contenido impuesto en condiciones generales y el contenido derivado de las legítimas expectativas que tenía el adherente. En tal caso ha de preferirse este último contenido.

La STS de 3 de junio de 2016 admite expresamente la posibilidad de excluir del contrato las cláusulas sorprendentes. En efecto, cuando afirma que es defendible que el principio general de buena fe del art. 1.258 CC pueda ser invocado como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar las cláusulas que modifican subrepticamente el contenido del contrato que el adherente había podido representarse razonablemente conforme a su propia naturaleza y funcionalidad, está haciendo una aplicación de la denominada regla de las “cláusulas sorprendentes” según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.

En ausencia de una previsión legal expresa sobre la nulidad de las cláusulas sorprendentes, la doctrina había señalado que estas cláusulas son contrarias a la buena fe del art. 1258 CC, y por ello nulas. La STS de 3 de junio de 2016 viene a confirmar esta tesis. Se trata de una solución correcta: es contrario a la buena fe aprovecharse del poder de predisposición para introducir mediante condiciones generales cláusulas con cuya existencia no podía razonablemente contar el adherente, de acuerdo con la naturaleza y con las circunstancias del contrato, y que suponen una frustración de sus expectativas legítimas sobre el contenido del mismo.

En el caso resuelto por la STS de 3 de junio de 2016 se consideró que la cláusula suelo impuesta en un contrato entre empresarios no era una cláusula sorprendente. El tribunal





entendió, con razón, que la cláusula suelo no resultaba contraria a la buena fe, por cuanto que era un hecho probado en la instancia que había habido negociación entre las partes y que la prestataria fue debidamente informada de la cláusula suelo y su funcionamiento. Por eso, su inclusión en el contrato no frustró ninguna expectativa legítima del prestatario respecto del coste del crédito.

Tomando en consideración esta sentencia del Tribunal Supremo, cabría sostener que *de facto* la respuesta es la misma al margen de que la cláusula suelo haya sido impuesta a un consumidor o a un empresario: la nulidad de la cláusula por el desequilibrio surgido debido al carácter sorpresivo de los efectos de la cláusula y la carga que ello supone para el adherente, respecto de lo que éste pensaba haber contratado y consentido. En el caso de los consumidores se hace con base en un control de transparencia que atiende a si el consumidor comprendía realmente lo que suponía esa cláusula; y en el caso de los empresarios atiende a una buena fe contractual y a una alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato. Pero en el fondo la idea que subyace es misma: proteger al adherente que por la actuación del predisponente no llegó a conocer realmente lo que contrataba, de forma que el objeto del contrato se vio alterado sorpresivamente para ese adherente.

Siguiendo este razonamiento, la actuación del predisponente (en relación con la información aportada o no aportada al adherente) es relevante en la misma medida de cara a determinar si ha habido o no vulneración de ese control de transparencia o de esa buena fe. De hecho, si se acredita que se informó oportunamente y al completo de la existencia y carga de la cláusula suelo no puede afirmarse que haya infringido el control de transparencia (si el adherente es consumidor) ni la buena fe contractual (para el adherente empresario), pues no provoca desequilibrio ni alteración del objeto del contrato, según se lo había representado el adherente. En definitiva, las reglas de protección de consumidores y empresarios son muy similares, pues, aunque tengan distintos criterios de control, el funcionamiento de ambos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario.

Este razonamiento debe matizarse. Es cierto que en ambos casos (adherente consumidor o empresario) hay que proteger al adherente porque no llegó a tener un conocimiento real de lo que contrataba, frustrando así sus legítimas expectativas. Pero la valoración de cuándo una cláusula es contraria a la buena fe, al frustrar una expectativa legítima del adherente sobre el contenido del contrato, es diferente según el adherente sea un empresario o un consumidor. Si es un consumidor, el control de transparencia toma en consideración principalmente la actuación del predisponente, que debe informar al



consumidor de manera adecuada para que conozca realmente el objeto del contrato. Sin embargo, cuando el adherente es un empresario, tan relevante es la información que suministra (o no) el predisponente como la diligencia que utiliza el empresario adherente en conocer realmente las condiciones financieras de su contrato. En efecto, si el adherente es empresario hay que advertir si el predisponente da la información necesaria para eliminar el efecto sorpresa de la inclusión de una cláusula que, en principio, podría resultar inesperada. Si el adherente conoce la cláusula ésta ya no puede calificarse como sorprendente, ni hay legítimas expectativas del adherente que se frustren. Pero también hay que tener en cuenta la diligencia empleada por el adherente en el conocimiento efectivo de las condiciones generales, lo que en buena medida dependerá de sus circunstancias subjetivas. En relación con la diligencia debida al adherente empresario, cuanto más se aproximen sus circunstancias personales a las de un consumidor -por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio- mayor información del predisponente necesitará para prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario por ausencia de una información precontractual adecuada.

Este modo de argumentar ha sido acogido por la STS de 18 de enero de 2017 (RJ 2017, 922). Después de repetir literalmente algunos fragmentos de la STS de 3 de junio de 2016, señala que “para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias [una alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato], habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc”.

Además de esta diferencia, existe otra, que también ha sido oportunamente destacada por la citada STS de 18 de enero de 2017, y que tiene que ver con la prueba. Como establece esta resolución, “como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden





haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente”.

La STS de 18 de enero de 2017 también se ocupa de una cláusula suelo en un préstamo hipotecario concertado por un empresario. La sentencia no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas del prestatario adherente, por lo que la demanda del prestatario fue desestimada.

La doctrina sentada en la STS de 3 de junio de 2016 ha sido acogida, además en la mencionada STS de 18 de enero de 2017 (RJ 2017, 922), en otras sentencias posteriores. Así, en la STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 926). También en la STS de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371), que resuelve un caso en el que la sentencia de la Audiencia Provincial había considerado nula la cláusula suelo, y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia, que había desestimado la petición de nulidad de la cláusula suelo.

En la STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4763) se reproduce con detalle (en el FJ 5º) la doctrina establecida en la STS de 3 de junio de 2016. Pero la petición de nulidad de la cláusula suelo se desestima, con el siguiente razonamiento: “si analizamos el presente caso conforme a tales parámetros, hemos de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la Audiencia Provincial no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no podemos afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. 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 y 57 CCom”.

### **3. La buena fe como criterio de control del contenido de los contratos entre empresarios**

La buena fe del art. 1258 CC puede tener un segundo significado: puede servir para conseguir la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado. El art. 1258 CC es una norma de integración del contenido del contrato con obligaciones no



expresamente pactadas que derivan de la buena fe, pero no una norma que establezca criterios para juzgar la validez de contenidos contractuales. Sin embargo, desde hace años parte de la doctrina ha defendido que en sede de condiciones generales de la contratación, la buena fe del art. 1258 CC cumple también esta segunda función, y sirve para decretar la ineficacia de cláusulas desequilibradas en contratos entre empresarios en los que existe una disparidad de poder negocial.

La posibilidad de acudir al art. 1258 CC para expulsar del contrato cláusulas contrarias a la buena fe ha sido tradicionalmente rechazado por el Tribunal Supremo. En este sentido, ya se ha citado la STS 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 2019), según la cual “el artículo 1.258 CC contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el contenido natural del contrato. Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas”.

Esta doctrina parece haberse modificado en la ya citada STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2306). Esta sentencia establece (FJ 5º) 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”* (el subrayado es mío).

Del texto subrayado resulta con claridad que el adherente no consumidor puede conseguir la nulidad de la cláusula predisposta con apoyo en el art. 1258 CC, porque es contrario a la buena fe contractual sacar ventaja de la predisposición para establecer un régimen desequilibrado en perjuicio del adherente. Es llamativo, además, que la sentencie mencione normas de otros modelos regulatorios (como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos) en los que el control de contenido (similar al art. 82 TRLGDCU) se aplica a todos los contratos, sea consumidor o no el adherente.

Es cierto que la STS hace estas reflexiones “obiter dictum”, porque en el supuesto que resuelve se juzga la validez de una cláusula por ser sorprendente (la cláusula suelo) y no por causar un desequilibrio entre las partes. Sin embargo, el hecho de que se trate de una



sentencia del Pleno, y de que la redacción sea tan rotunda y nítida, supone un importante cambio de perspectiva en el enfoque del control de contenido de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios.

La doctrina sentada en esta STS es correcta. El fundamento último de la abusividad de una cláusula en contratos con consumidores radica en la contrariedad a la buena fe, como se infiere con claridad del art. 82.1 TRLGDCU. Esta misma contrariedad a la buena fe puede predicarse también de cláusulas incluidas en contratos entre empresarios. Cierto es que para las primeras existe una previsión legal expresa (el citado art. 82 TRLGDCU) que falta para las segundas. Pero la realidad demuestra que es ilusorio tratar de aislar la contratación entre empresarios de la prohibición de contrariedad a la buena fe que impregna nuestro derecho. Ello no significa que haya que aplicar por analogía el control de contenido del art. 82 y ss. TRLGDCU. Sucede más bien que el régimen del TRLGDCU es una concreción de la regla general instaurada en el Código Civil que impide la actuación contraria a la buena fe, y es esa misma regla la que va a servir de apoyo para expulsar del contrato entre empresarios las cláusulas contrarias a la buena fe.

La sentencia no aclara el modo en que la contrariedad a la buena fe sirve de parámetro para juzgar la validez de las condiciones generales. No señala cuáles son los presupuestos y los criterios de la ineficacia *ex* art. 1258 CC. Cabe hacer aquí una doble interpretación. Por una parte, puede pensarse que ese parámetro no puede ser similar al de la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU. Pues no parece muy razonable que, después de declarar expresamente (como hace la propia STS) que el control de contenido propio de los consumidores no ha de aplicarse a las relaciones entre empresarios, exista en este ámbito un control semejante vía art. 1258 CC. Pero, por otra parte, la sentencia también cita otros textos normativos en que el control de contenido se extiende por igual a adherente empresario o consumidor. Esto permitiría aplicar a los empresarios un modelo de “control de contenido” similar al del TRLGDCU. Esta es la línea que, además, están siguiendo otros países de nuestro entorno.

En mi opinión, en sede de contratos entre empresarios, la contrariedad de una cláusula a la buena fe debe interpretarse de manera similar a como se entiende en contratos con consumidores (art. 82 TRLGDCU). No parece sensato instaurar dos “niveles” de contrariedad a la buena fe, en función de que el adherente sea consumidor o empresario, pues tanto uno como otro han soportado la imposición en sus contratos de cláusulas de cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario predisponente.