

**EL CONTROL DE TRANSPARENCIA NO ES APLICABLE A EMPRESARIOS NI  
PROFESIONALES, PERO SI LA EXIGENCIA DE LA BUENA FE Y EL EQUILIBRIO  
ENTRE LAS PARTES**

**Comentario a la SAP (Sección nº2) de Toledo de 18 de Octubre de 2016**

*M<sup>a</sup> del Mar Garrido Gómez*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 27 de marzo de 2017*

**1. Los hechos (Recurso de Apelación Civil contra la Sentencia del Juzgado de  
1ª Instancia de Talavera de la Reina)**

La demandante, Inmobiliaria San Javier S.L, contrató el 21 de Junio de 2007 un contrato de préstamo hipotecario, con subrogación y novación de crédito, con Banco Popular Español S.A., en el que la demanda imponía un tipo de interés nominal mínimo del 4,00%.

Interpuesta la demanda, el 13 de Junio de 2014 el Juzgado de 1ª Instancia de Talavera fallaba a favor de la demandante, declarando la nulidad de la cláusula 2.3 del contrato de préstamo hipotecario, y condenando a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente a raíz de la nulidad de dicha cláusula, por un importe total de 13.497,29 €.

Contra esta resolución, la parte demandada interpone recurso de apelación, aludiendo a dos fundamentos de derecho para basar su recurso. El primero de mero carácter procesal, pues alegan que al tratarse de dos personas jurídicas, sin que se pueda considerar a la parte recurrida como consumidor, el Tribunal competente para conocer del asunto no es el Juzgado de 1ª Instancia, sino de lo Mercantil. A este punto contesta el Tribunal en el fundamento de derecho primero de la

Sentencia, sin embargo, lo verdaderamente interesante se encuentra en el segundo motivo en el que basa el recurso la parte recurrente y que ocupa el grueso de la SAP.

## **2. Examen de los motivos de impugnación sobre el fondo de la litis**

Los motivos de impugnación sustantivos que la parte recurrente esgrime como fundamentos de su recursos son la infracción de los artículos 2 y 3 del RDL 1/2007, de 16 de Noviembre, alegando básicamente que la parte recurrida no ostenta la condición de consumidor, y que por este motivo se hace una mala interpretación de la jurisprudencia del TS en relación con el control de transparencia de las cláusulas suelo.

Ante estos motivos, el Tribunal señala, en primer lugar, que si bien es cierto que la recurrida no ostenta la condición de consumidor, pues queda claro que Inmobiliaria San Javier actúa “en el tráfico jurídico con un propósito relacionado con su actividad comercial o empresarial”; esto no excluye que pueda lograrse esa tutela por la vía de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ello es así por la exigencia de la buena fe y el equilibrio entre las partes y que se derivan del contrato.

### ***2.2. Carácter “sui géneris” de las CGC en los contratos de adhesión: las exigencias de buena fe y justo equilibrio en la relación contractual***

En ocasiones anteriores la Audiencia Provincial de Toledo ha destacado de las condiciones generales de los contratos de adhesión su peculiaridad, debido a la contratación en masa, y cuya característica es estar excluidas de cualquier discusión precontractual. Es decir, se convierten en una imposición al cliente que no puede modificarlas. Sin embargo, el hecho de que no puedan ser modificadas por una de las partes no excluye su naturaleza contractual, vinculante para ambas partes y que requiere de la aceptación. Dicho de otro modo, el carácter no negocial de ellas no impide que sea de aplicación a ellas las normas de los contratos, especialmente los arts. 1254, 1261.1º y 1288 del CC, relativos a la interpretación de los contratos y especialmente la interpretación sobre cláusulas oscuras y el no favorecimiento a aquél que ha ocasionado la oscuridad.

Al hilo de lo anterior nos encontramos con una regulación específica al respecto, la Ley 7/1993, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación. Ésta surge al trasponer la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, “vinculada al esfuerzo de proteger la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, representando un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”. Esto, que viene a ser el preámbulo de la Ley, señala claramente que la protección de la igualdad es necesariamente un presupuesto que hay que salvaguardar en los contenidos contractuales.

Esto provoca que las exigencias de la buena fe y justo equilibrio que debe regir entre las partes, esté reñida con la introducción de cláusulas abusivas (mediante el *abuso de posición dominante*) valiéndose de su posición dominante, ocasionando un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de cada una de las partes; o que determinen un perjuicio desproporcionado. Lo que, según la Ley, llevaría a la nulidad de las condiciones.

De este modo, el Tribunal pretende hacer una distinción entre cláusulas abusivas (referentes al consumidor, cuando se le causa un desequilibrio importante e injustificado) y las condiciones generales. Lo que no significa que en determinadas ocasiones, cuando dos profesionales contratan mediante condiciones generales, no se produzca un abuso de la posición dominante de uno frente al otro. Si no que, una vez observado el posible desequilibrio, el estudio de éste se sujetará a las normas generales de la contratación. Que a su vez se podrá traducir en la nulidad de la condición general, siempre y cuando ésta sea contraria a la buena fe y claramente cause un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

### ***2.3. Criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez***

El segundo de los preceptos utilizados por el Tribunal para dar respuesta al recurso interpuesto también se desprende de la Ley 7/1993, de 13 de Abril, ya que para que una condición general pueda pasar a formar parte de un contrato debe de cumplir, en la redacción de la cláusula, con los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A este respecto, observa la Audiencia, que si bien en la redacción de la cláusula 2.3 del contrato de hipoteca se observan cumplidos los requisitos de claridad, concreción y sencillez en su redacción, no es así con la transparencia. Esto es así porque el título de la cláusula *–límite a la variación del tipo de interés aplicable–* aparece en negrita, sin embargo, no ocurre lo mismo con lo que establece dicha cláusula, pues –se establece que el tipo de interés nominal mínimo aplicable en este contrato será del 4,00% con la misma tipografía que el resto del contrato de hipoteca. Esta presentación de las condiciones y características del contrato de préstamo hipotecario puede dar pie a confusión. La razón de ello está en que el punto 2 hace alusión a la variación del tipo de interés inicial, para posteriormente introducir en el punto 2.3 el acuerdo y pacto expreso por las partes del tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en el contrato del 4,00%, sin que su redacción sea igual que lo anterior (resaltado en negrita) y pase a estar con la tipografía del resto del contrato, desviando la atención del cliente.

A tenor de esto, y señalando el Tribunal que se presume del Notario un cumplimiento diligente de los requisitos de incorporación al documento que autorizaba, no se puede presumir lo mismo de la entidad bancaria, que tiene el deber profesional de facilitar a cualquier cliente, sea o no consumidor, “una información clara, completa y transparente de las condiciones del préstamo con garantía hipotecaria vinculado al contrato de compraventa del inmueble”. A tal efecto, considera el Tribunal que esta circunstancia no aparece debidamente acreditada y, aunque en el momento de la firma el Notario hizo constar las condiciones sobre el contenido del contrato y la parte recurrida podría haber mostrado su desistimiento, esto no ocurre por una falta de celo en el cliente.

Finalmente, el Tribunal considera que estas cláusulas tienen un efecto no deseado que provoca un “desequilibrio en la posición que ocupa cada una de las partes en función de la capacidad y fuerza [de] que disponen para negociar las condiciones reales”. Y es precisamente esa igualdad real entre las partes un requisito imperativo en la política jurídica dentro de la actividad económica (como ha dejado claro a lo largo de toda la Sentencia).

En nuestro caso concreto, el deber de transparencia que debe observar la parte recurrente tiene que garantizar que el cliente tenga la posibilidad real de conocer el alcance de la limitación impuesta en la cláusula. Y para conseguirlo en su enunciado tendría que constar de forma expresa que se pacta un tipo de interés mínimo anual del 4,00 %.

Al no ocurrir esto así, si no que de forma sibilina y velada se aclara todo al final, negando a la parte recurrida la posibilidad de beneficiarse de las reducciones que sufra el tipo de referencia (Euribor), el Tribunal entiende que la Sentencia impugnada fue ajustada a Derecho y ratifica la declaración de no incorporación y falta de eficacia de la cláusula decimotercera, apartado 2, punto 3, aunque limitando en el tiempo las devoluciones de cantidades indebidamente cobradas, que se contarían a partir de la publicación de la STS (Sala de lo Civil) de 9 de Mayo de 2013.

### **3. Conclusiones**

La lectura y estudio de esta Sentencia nos lleva a dos conclusiones para determinar si existe o no en el contrato una cláusula que puede ser considerada lesiva o abusiva:

1ª El control de transparencia sólo puede ejercitarse cuando una de las partes intervinientes en el contrato tiene la condición de consumidor. Para determinar dicha condición habría que acudir a distintas normas, de las que esencialmente se desprende que se trata de un contrato con consumidor cuando el cliente sea una persona física o jurídica que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, a su oficio o profesión. Siendo requisito indispensable para poder aplicar el control de transparencia. Esto también queda recogido en la STS de 3 de Junio de 2016<sup>1</sup>, en la cual el Tribunal declaró que sólo puede ser aplicado el control de transparencia cualificado cuando las partes intervinientes en el contrato ostentan la condición de consumidor y no cuando se trata de empresarios o profesionales.

---

<sup>1</sup> Sentencia también estudiada y comentada en el artículo “El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales”, Alicia Agüero Ortiz, CESCO, 17 de Junio de 2016



2ª Sin embargo, sí existe un medio de protección cuando las partes intervinientes en el contrato son empresarios o profesionales. Esta protección, en opinión de la AP de Toledo, se consigue mediante los principios de buena fe y justo equilibrio que debe regir entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Siendo una exigencia indispensable. Para determinar si entre los contratantes existe buena fe y justo equilibrio se usan las características de transparencia, concreción, sencillez y claridad que deben darse en todas y cada una de las cláusulas del contrato. Si una de estas faltase y ello crease un perjuicio desproporcionado en la otra parte interviniente, podría provocar la nulidad de la cláusula que no los cumpla.

Con todo, el perjuicio desproporcionado, desequilibrio, etc. constituye el ámbito propio de la abusividad (que resulta de aplicación exclusivamente a consumidores). Lo mismo sucede con el control de transparencia, que como ha reiterado el TS constituye un control adicional respecto al control de incorporación previsto en la LCGC, si bien la AP de Toledo parece confundir ambos controles.