

PROTECCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS.

“Protection of the individual in the contracting with general conditions of the contracting. Special reference to contracts entered into businesses.”

Máster Universitario en Abogacía Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Enero

Trabajo de Fin de Máster realizado por la alumna Stefania Ramírez delgado

Tutorizado por la Profesora D^a. Lourdes Verónica Melero Bosch

Departamento de Derecho público y privado especial y Derecho de la empresa. Área de Derecho mercantil.



ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| 1.-Introducción. | 3 |
| 2.- Concepto de empresario. | 4 |
| 2.1. Una aproximación al concepto de empresario..... | 4 |
| 2.2. El concepto de consumidor en contraposición al concepto de empresario. | 6 |
| 3.- La condición de consumidor de las personas físicas. Supuestos jurisprudenciales controvertidos. | 10 |
| 3.1. Persona física que adquiere un inmueble para revenderlo o arrendarlo. | 12 |
| 3.2. Socio de una cooperativa que adquiere una vivienda. | 17 |
| 3.4. Persona física ante un contrato de préstamo..... | 19 |
| 3.5. Persona física que actúa como fiador o garante..... | 24 |
| 3.6. Préstamo solicitado con fines profesionales por familiar con finalidad de ayudar. | 28 |
| 4.- La protección del empresario por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. | 29 |
| 4.1.Sobre el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. ... | 31 |
| 4.2. Sobre el control de contenido de las condiciones generales de la contratación..... | 33 |
| 4.3. Especial referencia a los principios que rigen las obligaciones contractuales: el principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de buena fe..... | 36 |
| 5. Conclusiones. | 48 |
| 6. Bibliografía. | 53 |

1.-INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la protección que el ordenamiento jurídico otorga al empresario o profesional, ante un contrato celebrado entre empresarios mediante adhesión a las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, como se verá con más detalle a continuación, dicha protección resulta escasa, pues nuestra legislación reserva la mayor protección o protección cualificada a los consumidores adherentes, pues del marco de contratación entre profesionales se excluye todo control material de las cláusulas contractuales.

A continuación, se procederá a analizar el concepto de empresario, incluyendo los distintos tipos de empresarios que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico. Ello es relevante, a efectos de comprender el marco social ante el que se encuentran los empresarios, pues es conocido que en España el tejido empresarial español está conformado mayormente por microempresas, PYMES y autónomos, siendo esta la parte más débil en la contratación con condiciones generales de la contratación, con grandes empresas, pues en muchas ocasiones pueden verse abocados a adherirse a cláusulas no negociadas.

Además, se analizarán supuestos que han suscitado gran controversia ante la dificultad de delimitar los intereses con los que actúa el empresario o profesional, en determinados contratos celebrados en el ámbito financiero. En este sentido, se abordarán supuestos en la contratación en los que la delimitación de la actitud con la que opera en el tráfico jurídico es confusa, sentando criterios los Juzgados y Tribunales para atribuir, en algunos casos, la condición de consumidor cuando actúa ajeno a su actividad empresarial.

Asimismo, se abordará la problemática que suscitan determinados supuestos en los que el empresario actúa con una finalidad mixta y donde es difusa la línea que delimita la finalidad con la que actúa en el tráfico jurídico. Finalmente, abordaremos la protección que brinda la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al empresario ante

cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión, analizando el control que realizan los Juzgados y Tribunales. De tal forma que, excluyéndose la protección de los consumidores y usuarios, hay que acudir a los principios generales de la contratación del Código Civil -como el principio de la buena fe -, para poder construir una defensa al empresario que se adhiere a condiciones generales de la contratación.

2.- CONCEPTO DE EMPRESARIO.

2.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESARIO.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de “empresario” puede definirse como aquella persona natural o jurídica que lleva a cabo en nombre propio y con ánimo de lucro, directa o indirectamente, una actividad económica para la producción y/o distribución de bienes o la prestación de servicios en el mercado, asumiendo personalmente de manera universal e ilimitada aquellos derechos y obligaciones nacidas como consecuencia de su actividad, siendo sujeto activo en las correspondientes relaciones jurídicas con otros empresarios o agentes del mercado.¹ Así, en el ordenamiento jurídico español identificamos diversas clases de empresarios según el criterio que se tome de referencia:

- 1) En función de la estructura de su personalidad, se distingue entre empresario persona física y empresario persona jurídica. En este sentido, al empresario persona física se le denomina comúnmente como empresario individual en la legislación mercantil o como “*autónomo*”, concepto recogido de la legislación de seguridad social²; y al empresario persona jurídica, empresario social o

¹ RODRÍGUEZ M.P, SANDE MAYO M.J. (2022) Manual de acceso a la abogacía. Tirant lo Blanc. pp. 615.

² Concepto comúnmente conocido, recogido de la normativa de la Seguridad Social como en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del

colectivo, pues adopta una forma societaria para el ejercicio de su actividad profesional.

- 2) De acuerdo con el tipo de actividad que desarrolla, cabe distinguir entre empresario industrial, comercial y de servicio. El empresario industrial produce bienes; el comercial se dedica a la reventa y el de servicios realiza prestaciones.³

- 3) Si se atiende a su dimensión o tamaño podemos hablar de pequeña, mediana y gran empresa. El Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión define los tipos de empresa y fija un método transparente para calcular los límites financieros y el número de empleados. Para pertenecer a una categoría se debe cumplir el límite de número de empleados y no superar la cifra de volumen de negocio o la de balance general. Se consideran grandes empresas las que cuentan con 250 o más asalariados; medianas empresas aquellas que se integran desde 50 a 250 trabajadores; pequeñas empresas las que cuentan entre 10 y 49 asalariados y microempresas aquellas que oscilan entre 9 y 10 asalariados. En España, de septiembre de 2021 a septiembre de 2022, del total de 2.940.724 empresas, 2.935.541 son PYME y tan sólo 5.187 son grandes empresas⁴. Es por ello, que se concluye que el mayor tejido empresarial español lo conforman las pequeñas y medianas empresas.

Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, entre otras.

³ SACRISTÁN BERGIA F., VELASCO FABRA G., UGENA MUÑOZ S., CAMPUZANO A.B, DIAZ DE LA ROSA A., VARGAS VASSEROT C., QUIJANO GONZÁLEZ J., PEINADO GRACIA J.I., ÁNGELES ALCALÁ M., ARIAS VARONA F.J., THOMAS M.P., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., ALONSO MUÑUMER M.E, SÁNCHEZ RONCERO A., MORENO LISO L., MOLINA C., TROYA PÉREZ A., VÁZQUEZ RUANO T. Y HUERTA VIESCA I. (2021) *Lecciones de Derecho Empresarial*, 3º ed. Tirant lo Blanch p. 50

⁴Cifras PYME 2022 Datos septiembre 2022. https://industria.gob.es/es-estadisticas/Cifras_PYME/CifrasPYME-septiembre2022.pdf



- 4) Finalmente, los profesionales liberales (abogados, ingenieros, arquitectos ...), no son considerados empresarios por el Código de comercio y se les ha excluido de la aplicación del Código de Comercio.

2.2. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN CONTRAPOSICIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESARIO.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios define al empresario en su artículo 4 como a *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.”*. En sentido contrario, se define al consumidor en su artículo 3: *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

El transcrito concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición han quedado insertadas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. De esta forma, según su Exposición de Motivos, dicho concepto *“se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas.”*⁵ Es, por tanto, que el legislador español ha optado por otorgarle la condición de consumidor a las personas físicas, personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen con una finalidad ajena a la empresarial o comercial.

⁵ CÁMARA LAPUENTE S. (2011) El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos y no resueltos. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, No 1, pp. 84-117.

Como se ha reseñado, la legislación española otorga dicha condición no solo a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión sino también a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Asimismo, el párrafo segundo del art.3 del TRLGDCU delimita el concepto de consumidor, considerando que *“sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, ostentan esta consideración, respecto de las relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”*.

El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.⁶ Es decir, el concepto de consumidor viene referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante. En este sentido, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017 de 16 de enero, en la que delimita el concepto de consumidor, estableciendo lo siguiente:

“En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGDCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 (EDL 1998/48880) sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 (EDL 2002/41806) sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d;

⁶ *Memento Práctico Contratos Mercantiles (2022-2023)* Ed. Lefebvre pp. 267 y ss.



Directiva 2008/48 (EDL 2008/47966) sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 (EDL 2000/87907) sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 (EDL 2005/62340) sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 (EDL 2009/8097) sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE (EDL 1994/18040) (...)”

Así, según la citada sentencia en su fundamento jurídico 4º, el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física:

“En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (EDJ 2015/145407)).

2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (EDL 2014/35453), aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor



persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom. (EDL 1885/1)”

3.- Desde este punto de vista, no consta que la Sra. Milagrosa realizara habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.”.

Asimismo, y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de consumidores vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.⁷

Por tanto, se entiende que estamos ante un consumidor siempre y cuando la persona física no actúe en el ámbito de su actividad empresarial, no estando comprendido, dentro de esta noción, la actitud con la que actúa dentro de una determinada operación,

⁷ CASTILLO ECHEVARRÍA R. Cap.7 (2021) *Memento inmobiliario*. Lefebvre (pp.467 y ss).



aunque sea con la finalidad de enriquecerse, pues dicho atributo no le aparta de la condición de consumidor. Así pues, la nota que distingue al empresario del consumidor es que mientras el empresario desarrolla una actividad empresarial o profesional, el consumidor se desenvuelve en un ámbito ajeno a ella.

3.- LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DE LAS PERSONAS FÍSICAS. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES CONTROVERTIDOS.

En primer término, es necesario acentuar que el concepto de consumidor ha sido siempre una cuestión controvertida al tratarse de un término que se ha traspuesto de las Directivas de la Unión Europea y ha sido objeto de diversas interpretaciones por los Tribunales, tanto nacionales con europeos.

En este sentido, es reveladora la Sentencia del Tribunal Supremo 3956/2017 de 7 de noviembre, para comprender como ha evolucionado el concepto de consumidor hasta llegar a la concepción y la interpretación que realizan los tribunales nacionales : *“La jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una concepción restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta. En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, por ejemplo en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto di Pinto), o de 17 de marzo de 1998 (asunto Dietzinger , sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), en las que distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales. Y así, en la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa , se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva...pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante». Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto Gruber .*



No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso Costea) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13/CEE, de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

A su vez, a los contratos con pluralidad de adherentes se refiere el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 , Tarcău), en el que se establece que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Y en concreto, en un contrato de fianza, reconoce la condición legal de consumidor al fiador, si actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, aunque la operación afianzada sí tenga tal carácter, siempre que entre el garante y el garantizado no existan vínculos funcionales (por ejemplo, una sociedad y su administrador). Doctrina que se reitera en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15 , Dimitras).

En la misma línea, el ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , Bachman) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva 93/13/CEE a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor.”

Así, la amplitud de dicho concepto suscita diversas controversias en la práctica pues es conflictivo la atribución de la cualidad de consumidor a la persona física cuando la finalidad con la que actúa en una determinada operación deslinda con alguna actividad o finalidad empresarial. Es por ello que dichos supuestos han sido objeto de análisis concreto, y se ha dado respuesta jurisprudencial. A continuación, se expondrán supuestos muy específicos que han sido resueltos por los Tribunales nacionales.

3.1. PERSONA FÍSICA QUE ADQUIERE UN INMUEBLE PARA REVENDERLO O ARRENDARLO.

Uno de los supuestos en que puede resultar arduo delimitar si una persona física puede ostentar la condición de consumidor, es aquel en que adquiere un bien inmueble con la finalidad de obtener una ganancia o provecho. Siendo la premisa controvertida en este supuesto el ánimo de lucro con el que actúa en dicha operación jurídica.

A este respecto, se ha considerado que la compra de un inmueble para introducirlo en el mercado, revenderlo o para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por una persona física, al margen de su actividad empresarial, comercial o profesional, no excluye la condición de consumidor. Incluso, el hecho de que se adquiriera un local comercial no impide que el adquirente del mismo pueda ser considerado consumidor. En estos términos se pronuncia la Audiencia Provincial Albacete, en Sentencia 29/2016 de 29 de enero considerando como consumidores a unos **adquirentes de un local comercial en el que se encontraba un negocio de hostelería**, pues no quedaba acreditado que su actividad profesional se circunscribiera a la hostelería. Por tanto, la Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en instancia, y dispone que *“No se ha practicado prueba alguna de que los Sres. Celestino y Virginia se dedicaran profesionalmente a la hostelería y que para ese fin procedieran a la adquisición del local a que se destinó el préstamo concedido por la apelante. Ninguno de los documentos obrantes en autos permite alcanzar esa conclusión. Revisada la grabación de la vista y las declaraciones de ambos demandantes, lo único acreditado es*

que el Sr. Celestino se dedicaba a la agricultura y su esposa era funcionaria, de modo que esa afirmación que la apelante realiza asegurando que ambos adquirieron el local para explotar directamente el negocio de hostelería existente en el mismo carece de toda base probatoria. Por lo demás, aunque el local se adquiriera en funcionamiento o se arrendase o cediese gratuitamente a terceros para su explotación, ello tampoco permite excluir la condición de consumidores a los demandantes porque no es el destino del local adquirido lo que define esa condición. Y si no ha quedado acreditado que en la adquisición del local o negocio los Sres. Celestino y Virginia actuaran en el marco de una actividad empresarial ni profesional y si resulta que ninguna de sus respectivas actividades profesionales guarda relación alguna con la hostelería que al parecer se desarrolla en dicho local resulta evidente que no se les puede negar la protección especial otorgada por la Ley a los consumidores y usuarios.⁸

No obstante, en sentido contrario, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia 30/2017 de 18 de enero, al no considerar como consumidores a los **adquirentes de un local destinado a oficina**, pues en este caso la finalidad, sí era profesional: “*Sobre esta base legal y jurisprudencial, el motivo hace supuesto de la cuestión, porque ignora la base fáctica de la sentencia, que considera acreditado que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. Aparte de que el caso es precisamente el inverso del de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 antes citada, puesto que mientras en el caso resuelto por ésta no se hacía mención al destino del crédito, en el que nos ocupa sí se indica claramente en el contrato que su destino es financiar la adquisición de un local comercial que se va a dedicar a oficina. Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que se ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato*”. En

⁸ SAP Albacete (sección 1ª) 29/2016, de 29 de enero.

este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sec.1ª) 200/2016, de 23 de julio, no consideró como consumidores a los adquirentes de un bien inmueble al ser propietarios de otros en bienes inmuebles en diferentes localidades, teniendo en consideración que el mismo día que compraron el inmueble objeto de litigio, habían adquirido otra vivienda.

En consonancia, mediante Sentencia 683/2017 de 18 de diciembre, el Tribunal Supremo atribuye la condición de consumidor al **adquirente de aprovechamiento de inmuebles por turnos**, entendiendo que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. En este sentido dispuso en su fundamento jurídico 4º: *“A partir de la citada doctrina de la Sala, no consta que el recurrente realizase habitualmente este tipo de operaciones. Es cierto que manifiesta que su finalidad era de inversión y no la del uso del producto vacacional, pero también lo es que la mera posibilidad de invertir sus ahorros para lucrarse con el alquiler o reventa de su derecho no excluye, según se ha expuesto, su condición de consumidor. La cantidad total invertida se compadece más con un consumidor, que invierte sus ahorros, que con un profesional de la inversión.”*⁹ En este sentido, se ha otorgado la condición de consumidora, a una prestataria cuya actividad profesional era de traductora y arrienda un bar, entendiéndose que dicho hecho no la convierte en una profesional de la hostelería.¹⁰

Por tanto, de las citadas sentencias se concluye que la condición de consumidor se puede atribuir a quien **adquiere una vivienda para revender o arrendar**, siempre y cuando no sea su actividad comercial habitual, incluso dándose la posibilidad de que la adquirente persona física tenga ánimo de lucro; siempre y cuando no sea una actividad habitual. Pero entonces, ¿podría integrarse en el concepto de consumidor a un abogado/a que adquiriera un local comercial para arrendarlo y con la finalidad de obtener un lucro futuro? En este punto, será determinante conocer si el arrendamiento de local comercial

⁹STS (sala civil) 683/2017 de 18 de diciembre.

¹⁰SAP Álava (sección 1ª) 266/2016 de 1 de septiembre.



está configurado como su actividad habitual. Así, por un lado la Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 24 de julio de 2016 , no otorgó la cualidad de consumidor a una persona física que ejerce la abogacía, basándose en los siguientes argumentos que a continuación se exponen: *“Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete”. Ahora bien, las circunstancias concretas del supuesto que determinó el dictado de tal sentencia eran, por lo que a este aspecto se refiere, las dos siguientes: a) Que no se precisara el destino del crédito; b) No siendo elemento decisivo que el préstamo se garantizara con un inmueble perteneciente al despacho profesional del prestatario. Pues bien, situadas de este modo las cosas, lo que en el préstamo litigioso sí se recoge es que el destino del préstamo es la compra de un local comercial , y la propia parte actora reconoció en el trámite es que dicho local, que no era para la instalación de la actividad empresarial desempeñada por el marido de la actora (quien era industrial que se dedicaba a la compraventa de metales usados), sino para alquilarlo. **Pues bien el destino era la obtención de un complemento económico a través de la renta del arrendamiento**, sin poder olvidar que en la declaración de d. Felicísimo, el prestatario, reconoció la percepción de unos 1.000 € mensuales desde hacía unos diez años como consecuencia de los alquileres de locales de su propiedad, lo cual, con independencia de su actividad relativa a compraventa de metales, supone que otra actividad, principal o subsidiaria, a la que se dedica es al alquiler de inmuebles.¹¹”*

De tal forma, el mero hecho de que la finalidad de la adquisición de las viviendas pueda ser la inversión no permite excluir la condición de consumidor del adquirente (SAP Las Palmas de 26 de noviembre de 2014). El comprador que adquiere una vivienda para luego arrendarla, cuando no realiza esa actividad de forma habitual y no forma parte de su profesión, tiene la consideración de consumidor (TS 14-10-15; AP Bizkaia 30-7-14, 187573; AP Pontevedra 14-10-14; AP León 20-7-15; AP Valencia 26-6-17).¹²

¹¹ SAP Asturias, sección 1ª de 24 de junio de 2016.

¹² CASTILLO ECHEVARRÍA, R. (2021) *Memento inmobiliario*. Cap.7. Ed. Lefebvre

En dicho sentido, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 14 de octubre de 2020, por la que se reconoce la cualidad de consumidores a unos **abogados adquirentes de un local comercial**, en los que su finalidad no fue ejercer ninguna actividad o profesión en el referido local, pese a que la entidad financiera alegara que se trataba de una operación típica del tráfico entre empresarios y profesionales: *“En cualquier caso, el TS ha venido a introducir una matización en dicha concepción, consistente en que, no obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1-1º C Com”. En el sentido expresado, cabe citar las SSTs núms. 16/2017, de 16 de enero, 356/2018, de 13 de junio, y 694/2018, de 11 de diciembre. Sobre la base de tales consideraciones jurídicas, en el supuesto examinado es dable la atribución a la demandante prestataria de la condición de consumidor, cuál se efectúa en la sentencia de instancia impugnada. Toda vez, por un lado, no se puede concluir que la adquisición de la vivienda por la actora subrogada en el préstamo hipotecario se tratase de una operación realizada en el ámbito de su actividad empresarial o profesional.”¹³*

Por tanto, la adquisición de un local comercial no excluye que el adquirente del mismo o el prestatario del importe destinado a la financiación de su adquisición pueda ser considerado consumidor. Solamente quedaría excluido de tal consideración si, por ejemplo, lo adquiriese con la finalidad de ejercer en el mismo un negocio o una profesión,

¹³ SAP Pontevedra (sección 1º) 336/2014 de 14 de octubre.

si se dedicara de forma habitual al negocio inmobiliario o fuera su actividad profesional que realizara con regularidad. Por ende, quien adquiere un local comercial, porque su deseo es alquilarlo o revenderlo, sin intención de dedicarse a tal negocio, es un consumidor.¹⁴ Asimismo, el mismo carácter se ha otorgado a la persona física que adquiere un inmueble, aunque este no se destine como vivienda habitual, pues dicha adquisición no está ligada a su actividad profesional.¹⁵

3.2. SOCIO DE UNA COOPERATIVA QUE ADQUIERE UNA VIVIENDA.

Otro supuesto objeto de análisis es aquel en el que un socio de una cooperativa adquiere una vivienda a través de la propia sociedad a la que pertenece. En tales términos, se ha considerado que se le puede aplicar la calificación de consumidor, puesto que en las cooperativas, los socios no son por sí mismos profesionales o empresarios. En ese marco, se pronuncia la Audiencia Provincial de Cádiz en Sentencia de 22 de julio de 2016 disponiendo textualmente lo siguiente: *“En el presente supuesto, se alega por la apelante que al ser el actor socio de una cooperativa y haber adquirido a través de la cooperativa el inmueble (vivienda) en cuestión, no puede aplicársele la calificación de consumidor, cuestión que no puede prosperar, ya que en las cooperativas los socios no son por sí mismos profesionales o empresarios, sino consumidores, pues el propio concepto de cooperativa de viviendas indica que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, formada por un grupo de personas que comparten básicamente la necesidad de una vivienda y se unen para acceder a ella en las mejores condiciones de calidad y coste posible, por lo que las viviendas se adquieren a un precio menor que el que permite otro tipo de promoción. Es por tanto la adquisición propia como destinatario final, lo que determina la constitución de la cooperativa, sin perjuicio de que posteriormente pueda venderse a terceros la vivienda. En definitiva, no se trata de empresarios, sino de consumidores y como tales se les debe aplicar la normativa protectora de los mismos.”* En la misma línea interpretativa se pronuncia la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 18 de

¹⁴ SAP Albacete (sección 1ª) 29/2018 de 1 de enero.

¹⁵ SAP Córdoba (sección 1ª) 1013/2020 de 9 de noviembre.

diciembre de 2020 al entender que *“los socios de una cooperativa no son profesionales o empresarios, son consumidores que se integran en una sociedad sin ánimo de lucro, para acceder a la propiedad de una vivienda en las mejores condiciones económicas y de calidad que les permiten sus recursos económicos, adquiriendo la vivienda a un menor coste que a través de otro tipo de promociones inmobiliarias [...] siendo el destino final perseguido por los prestatarios lo que determina la condición o no de consumidores”*.¹⁶

Por lo tanto, en este caso particularmente se considera que los socios de las cooperativas, no actúan dentro de su actividad profesional, sino por el contrario, deben considerarse consumidores, pues su actividad es de carácter aislado y son destinatarios finales de las viviendas adquiridas.

3.3. EL INVERSOR COMO CONSUMIDOR.

Asimismo, cuando una persona física sea inversora y esta actividad no constituya su actividad profesional, como se expondrá seguidamente, quedará comprendida en el concepto de consumidor. Esta interpretación es la que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en Sentencia 2 de abril 2020 (Asunto C-500/2018)¹⁷, en la que resuelve una cuestión prejudicial formulada por Rumanía. En dicha cuestión se plantea si se puede integrar a un “inversor” en el concepto de consumidor. El tenor literal de la citada resolución es la siguiente *“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.o 1215/2012 es aplicable cuando se cumplen tres requisitos: en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional, y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17. Estos requisitos deben cumplirse de manera cumulativa, de modo que si no se da alguno de los tres no cabe determinar la*

¹⁶ SAP Sevilla (sección 5ª) 322/2020 de 18 de diciembre.

¹⁷ STJUE de 2 de abril de 2020 (C-500/18). EU:C:2020:264



competencia según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores (sentencia de 3 de octubre de 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, apartado 39 y jurisprudencia citada). Como se desprende de la resolución de remisión, las cuestiones prejudiciales primera a tercera planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto se refieren al primero de estos tres requisitos, a saber, la condición de «consumidor» de una parte contractual.

A este respecto, es preciso recordar que el concepto de «consumidor» en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (sentencia de 3 de octubre de 2019, Petruchová, C-208/18, EU:C:2019:825, apartado 41 y jurisprudencia citada).”

Así, nuestra legislación ha integrado la interpretación del concepto de consumidor efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo que esta tarea no se entiende comprendida en el desarrollo de la actividad profesional de la persona física. Tampoco debe excluirse dicha condición de consumidor, cuando se actúa con intención lucrativa, pues dicho criterio, tal y como hemos expuesto anteriormente, no excluye la cualidad de consumidor.¹⁸ El mismo criterio, es acogido recientemente por la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 3 de junio de 2021, en el que se aplicó la normativa de protección de consumidores, a unas inversoras que en el momento de asesoramiento para la adquisición de unos bonos convertibles, no se les informó ni se les asesoró sobre dicho producto de riesgo.¹⁹

3.4. PERSONA FÍSICA ANTE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO.

¹⁸ SAP León (sección 1ª) 656/2020 de 16 de octubre.

¹⁹ SAP Madrid (sección 25ª) 224/2021 de 3 de junio.

Otro caso, que suele suscitar controversia en la práctica, son los contratos de préstamos financieros, celebrados entre la entidad prestamista y la persona física, pues se deberá atender a la finalidad o el destino que se le da a la cantidad de dinero recibida como contraprestación.

Así, se ha entendido que no podrá quedar excluida la condición de consumidor, por el mero hecho de que la entidad financiera en el contrato de préstamo recoja en su encabezamiento que se trata de un préstamo mercantil. La Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 27 de mayo de 2020 determina que *“Pues bien, sobre las bases expuestas es evidente que la condición de consumidor del prestatario en esa operación no puede quedar excluida por el solo hecho de que la entidad demandante dentro de un contrato de adhesión recoja en su encabezamiento que se trata de un préstamo mercantil. No se acredita que actuase en representación de una sociedad, o de cualquier otra persona jurídica que tuviera una actividad de esa naturaleza, y se estableciese una presunción de que no intervenía como consumidor y usuario, sino en representación de una entidad con ánimo de lucro. Ni siquiera se invoca por la parte demandante ese hecho, ni tampoco se alegó y mucho menos probó que don Leandro tuviera la condición de comerciante y destinase el dinero solicitado a las necesidades de su negocio.”*

A sensu contrario, y como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, no se ha considerado como consumidores de conformidad con el concepto del TRLGDCU y la Directiva 93/13, a los prestatarios que concertaron un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de un local que se dedicaría a oficina, entendiéndose que quedaba enmarcada en su actividad profesional. De esta forma, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia 30/2017 de 18 de enero, siendo su tenor literal el siguiente: *“Sobre esta base legal y jurisprudencial, el motivo hace supuesto de la cuestión, porque ignora la base fáctica de la sentencia, que considera acreditado que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. Aparte de que el caso es precisamente el inverso del de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 antes citada, puesto que mientras en el*



caso resuelto por ésta no se hacía mención al destino del crédito, en el que nos ocupa sí se indica claramente en el contrato que su destino es financiar la adquisición de un local comercial que se va a dedicar a oficina. Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que se ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato.”²⁰

De esta forma, cuando se trata de un préstamo de garantía hipotecaria, habrá de atenderse a la finalidad del préstamo, por tanto, si el préstamo tiene finalidad particular, con independencia de que dicho bien dado en garantía se encuentre destinado a la actividad profesional, el deudor ostentará la condición de consumidor. En esta línea se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan- Jagerberg-Wolfsberg eGen²¹, que sintetiza la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor: “El concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 29 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 ,

²⁰STS (Sala Civil) 30/2017 de 18 de enero.

²¹ STJUE de 14 de febrero de 2019, (C-630/17).EU:C:2019:123



apartado 30 y jurisprudencia citada). "Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional , aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".

En este sentido, la STJUE, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C 110/14) consideró que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, una persona física que ejerce la abogacía y celebra con una entidad financiera un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse como consumidor con arreglo a la citada disposición, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Además, carece de pertinencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.²²

Con este mismo criterio se pronuncia la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 6 de mayo de 2020, sin embargo, en un sentido contrario al expuesto anteriormente, al no considerar acreditado la condición de consumidora de la parte actora, pues en la escritura de préstamo hipotecario se estipulaba que el préstamo estaba destinado a su actividad profesional.²³

Otro supuesto que ha sido objeto de examen por los Tribunales, es aquel en que la persona física suscribe un préstamo hipotecario y otorgar la condición de consumidor puede resultar confusa, pues tiene una finalidad “mixta”; es decir, el destino es tanto particular como profesional. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia 224/2017 de 5 de abril, no atribuyendo la condición de consumidor a la persona

²² STJUE, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (C 110/14) EU:C:2015:538

²³ SAP Álava, sección 1ª 296/2020 de 6 de mayo de 2020.



física que suscribe un préstamo con garantía hipotecaria, el cual se destinó, de forma preponderante, a su actividad profesional. Dicha resolución es relevante pues dilucida, en su fundamento jurídico cuarto, el problema de otorgar la condición de consumidor cuando la finalidad es mixta²⁴: *“La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad. 1.- Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el art. 1 LGDCU (EDL 2007/205571) ni el actual art. 3 TRLGDCU (EDL 2007/205571) contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor (pues a veces usa el bien o servicio para fines personales); que nunca lo es (ya que lo usa para fines profesionales); o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.*

2.- La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 (EDL 2011/260927), sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que

²⁴ STS (sala civil) 224/2017 de 5 de abril.

es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia).”

Así, en reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2022, no entendió como consumidora a la suscriptora de un préstamo hipotecario que destinó, un tercio del bien inmueble adquirido a su vivienda habitual y los dos tercios restantes, a local comercial y a una plaza de garaje, entendiéndose que predominaba en este supuesto el destino o uso profesional.²⁵

3.5. PERSONA FÍSICA QUE ACTÚA COMO FIADOR O GARANTE.

Otra casuística controvertida sobre la condición de consumidor, comprende aquel supuesto en el que, en la relación contractual, una de las partes actúa con condición de empresario -deudor- y otra, actúa en condición de fiador o garante del mismo, en un contrato de préstamo o crédito. En este sentido, es esclarecedora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-534/15) de 14 de septiembre de 2016, en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada por Rumanía en la que se planteaba lo siguiente:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, sobre la definición de "consumidor", en el sentido de que incluye o, por el contrario, de que excluye a las personas físicas que firmaron, en calidad de fiadores-garantes, apéndices y contratos accesorios (contratos de fianza o contratos de garantía inmobiliaria) al contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, siendo así que dichas personas físicas carecen de relación con la actividad de la sociedad mercantil y actuaron con un propósito ajeno a su actividad profesional, bien entendido que los demandantes habían sido previamente personas físicas garantes -en un contrato de préstamo celebrado con la demandada acreedora- de la persona jurídica deudora principal, cuyo



administrador era el demandante, pero que dicho contrato sufrió posteriormente una modificación y la anterior deudora, en la que el demandante era el administrador, novó el crédito, con el consentimiento de la demandada acreedora, sustituyéndose por otra persona jurídica en la que ni el demandante ni la demandante tienen la condición de administradores, pero firmaron en favor de la nueva deudora, persona jurídica, como fiadores de la obligación novada con dicha nueva deudora?”.²⁶

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a dicha cuestión planteada resuelve otorgando la condición de consumidor a dicha persona física que actúa como garante de una relación jurídica en la que el deudor principal carece de dicha condición. Entendiendo que “ *31. En cuanto a si puede considerarse «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1998, Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18), se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza (auto de 19 de noviembre de 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, apartado 26).*

32 A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo. Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (véase

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, C-534/15, Caso Dumitas.



el auto de 19 de noviembre de 2015, Tarcău, C-74/15, EU:C:2015:772, apartado 27 y jurisprudencia citada).”

De esta forma, se entiende como consumidor al garante o fiador, pues actúa en una relación jurídica distinta del deudor principal al tratarse de un contrato de garantía o fianza. Además, dicha jurisprudencia europea, ha sido acogida por nuestros tribunales y juzgados nacionales pronunciándose en el mismo sentido. La Audiencia Provincial de Lugo de 11 de enero de 2017 se pronunció rotundamente estableciendo que *“En el caso de un contrato de garantía o de fianza entre una entidad financiera es especialmente relevante la protección que la Directiva ofrece a los consumidores por lo que, aun cuando se trate de un contrato accesorio de otro principal celebrado por no consumidores, desde el punto de vista de las partes contratantes es un contrato distinto, por lo que ha de evaluarse según un criterio funcional si la relación contractual que se enjuicia se circunscribe al marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión que determinaría la condición de consumidor del contratante. Así, en el presente caso debemos considerar si los avalistas actuaron en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudieran mantener con la sociedad limitada a la que avalaron, por ejemplo por su condición de gerentes, administradores o por la participación que ostenten en el capital social, incumbiendo a la entidad demandante la prueba de dichas circunstancias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 LEC.”* Por ello, es determinante conocer si el garante, en esa relación jurídica distinta a la del deudor, actúa o no en el marco de su actividad empresarial o profesional, pues de ser así, como pudiese ser un administrador, se excluirá la condición de consumidor.²⁷ Además, la legitimación ad causam en el proceso de los fiadores del deudor, sólo se otorga para la impugnación de las cláusulas por las que los mismos se pudieran ver afectados y no para instar la nulidad del contrato principal (SAP Madrid, secc. 8ª, de 23 de enero de 2019).

Es por ello, que se ha declarado la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de un local comercial,

²⁷ SAP Lugo (sección 1ª) 3/2017 de 11 de enero.



entendiendo que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente en relación a los fiadores, no debiendo de afectar a las obligaciones del deudor principal. (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2019) *“Llegamos así a la cuestión que consideramos nuclear en el recurso de la parte demandante, relativa a la condición de consumidores de los fiadores, lo que abriría la posibilidad del control de transparencia material de la cláusula suelo. El punto de partida del razonamiento de la sentencia y del recurso los asumimos, en la medida en que parten de lo ya declarado por esta sala respecto de la exigencia de analizar la relación entre los fiadores y la finalidad del préstamo, la existencia o no de "vínculos funcionales" con el profesional que ha concertado el préstamo, en línea con lo exigido por el auto del TJUE, C-74/15, de 19.11, y por la STS 594/17, de 7.11.*

21. *Es hecho probado que los fiadores son padres de la prestataria. No consta que tengan **ningún interés económico en la actividad profesional** de la oficina de farmacia, o que perciban beneficios directa o indirectamente. El juez de instancia ha considerado como hecho relevante para afirmar su vinculación el hecho de que figuren como adquirentes del bien dado en garantía, -el local donde se ubica la actividad-, pero como precisó la STJUE de 3.9.2015, en relación con el contrato de préstamo concertado por un abogado para un propósito ajeno a la actividad de su despacho profesional(...); por tanto, **a lo que ha de atenderse para calificar el préstamo como de consumo es al hecho de su finalidad, al destino de los fondos obtenidos por el contrato, con independencia del destino o de la titularidad del bien garantizado.** Del mismo modo que resulta irrelevante el destino del bien dado en garantía, el hecho de que el fiador sea hipotecante no deudor de un préstamo con destino profesional, no determina necesariamente que entre el destino del préstamo y el fiador exista una relación profesional.*

22. *Para que exista una vinculación funcional entre el préstamo y la garantía personal debe existir una relación entre el fiador y la actividad profesional o empresarial del prestatario. La resolución del TJUE ponía como ejemplo la titularidad de una participación significativa en el capital social de la prestataria o el ejercicio de las*

funciones de gerencia, a las que cabe añadir la de ostentar la condición de administrador social. En el caso, podría afirmarse tal relación si los padres de la prestataria que tenía la condición de profesional tuvieran un interés económico en el resultado de explotación, pero insistimos en que nada de esto resulta probado en el litigio". En los mismos términos se pronuncia la SAP Asturias 18 de noviembre de 2016 y AAP de 31 de enero de 2018.

3.6. PRÉSTAMO SOLICITADO CON FINES PROFESIONALES POR FAMILIAR CON FINALIDAD DE AYUDAR.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en un supuesto muy específico ha otorgado la condición de consumidores, a unos prestatarios que contrataron un préstamo para la construcción de un hotel en México, a pesar de que en la cláusula de dicho préstamo estipulaba que el destino era para invertir. En su fundamento jurídico quinto, analiza la cuestión relativa a la concurrencia o no en los prestatarios de la condición de consumidores: *"Pues bien, a la vista de las anteriores consideraciones, en atención al material probatorio obrante en los autos, se estima procedente otorgar a la demandante y a su finado esposo, prestatarios en el contrato de préstamo litigioso, la condición de consumidores.*

Toda vez: 1) nos encontramos ante prestatarios-personas físicas, jubiladas al tiempo de la concertación del préstamo (cual se viene a plasmar en la escritura de préstamo hipotecario), sin probada constancia de vinculación personal por aquél entonces a actividades empresariales o profesionales, dado que el reflejo del destino del préstamo a "otras inversiones en empresas" e "inversión en la construcción de un hotel en México conjuntamente con un hijo", figura en un impreso (solicitud de operación) y documento interno (análisis de riesgo) de la entidad bancaria prestamista, que no fueron ratificados por los empleados del Banco intervinientes en la operativa negocial; 2)no resulta tampoco concluyente la genérica e imprecisa mención contenida en la escritura de préstamo, acerca de su destino "a otras inversiones que tiene previsto realizar la parte prestataria", si tenemos en cuenta que la minuta de la escritura es proporcionada al



notario por el Banco prestamista, que se trata de un dato al que por la parte prestataria no se suele conceder relevancia en el momento del otorgamiento del préstamo y, por ende, pasa desapercibido; y, en último término, el ánimo de lucro en la finalidad de una operación crediticia tampoco viene a excluir necesariamente la condición de consumidor de una persona física; y 3) si bien es cierto que la actora no llega a acreditar que el destino del préstamo fuese el que por ella se sostiene (de ayuda al hijo para el afrontamiento del pago de un préstamo hipotecario que su hijo Justo había solicitado con anterioridad para la adquisición de una vivienda de uso particular), aún en el caso hipotético de que el mismo se considerase destinado a financiar la construcción de un hotel en México, su reducido importe (90000 euros) en relación al coste que representaría la ejecución de la obra completa, así como la intervención en la operación de préstamo de hasta cuatro hermanos más del hijo de la actora -único residente en México-, en calidad de fiadores solidarios, son circunstancias que inclinan a considerar que la solicitud del préstamo lo sería a título de simple ayuda familiar (ya con devolución ya a fondo perdido) que no de inversión en orden a la explotación del futuro negocio.”²⁸

4.- LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO POR LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Como se ha visto, es fundamental delimitar ante un supuesto concreto si una persona física puede actuar o no, en una determinada operación como consumidora, pues siendo así se otorgará una protección más específica o cualificada. Pero, si por el contrario una persona física actúa con una finalidad profesional o comercial, nos encontraremos ante un empresario, y por tanto no será de aplicación dicha normativa.

Actualmente, una gran parte de la contratación se desarrolla a través de las condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación, se encuentran reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la cual traspone la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de

²⁸ SAP Pontevedra (sección 1ª), 480/2019 de 10 de septiembre

1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El artículo 1.1 de la citada ley, ofrece una definición de las condiciones generales de la contratación:

“1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.” Por ende, las condiciones generales de la contratación, se caracterizan principalmente por su predisposición y falta de negación, en el que el predisponente, bajo mi punto de vista, se encuentra en una posición de dominio frente al adherente.

Por otro lado, el artículo 2 establece su ámbito de aplicación, estableciendo que dicha ley *“será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.”*²⁹ Así, la propia exposición de motivos de la LCGC, aclara si las condiciones generales de la contratación se pueden dar también entre empresarios, disponiendo lo siguiente: *“Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.*

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

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

²⁹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.



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.

De esto se desprende, que pese a no estar excluido del ámbito de la ley los empresarios y profesionales, sólo podrá centrar su análisis en el control de incorporación, quedando reservado el análisis de cláusulas abusivas a los consumidores. Por tanto, el análisis de contenido quedará circunscrito a la protección ofrecida por las normas imperativas de la nulidad contractual.

Por consiguiente, cuando el adherente sea un empresario o profesional, los artículos que son de aplicación son los artículos 5, 7 y 8.1 de la LCGC. El artículo 5, se refiere a los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación, entendiéndose que deben ser aceptadas y firmadas por el adherente para entenderse incluidas en el contrato. Además de que deberá hacerse referencia en el contrato sobre las condiciones generales incorporadas, no entendiéndose aceptadas cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no se le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Por otro lado, el artículo 7 de la referida ley, dispone que no se entenderán incorporadas al contrato las condiciones generales cuando 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 o cuando estas sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

4.1. SOBRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Por tanto, en un contrato de adhesión, con independencia que figuren únicamente empresarios o intervengan también consumidores, la normativa exige un primer control de incorporación o de inclusión de las cláusulas contractuales. Así, primero se analiza que

el adherente haya tenido la oportunidad real y efectiva de conocer las condiciones generales de la contratación, por lo que es necesario que se haga referencia expresa a ellas en el clausulado del contrato, que se facilite al predisponente un ejemplar de las mismas, así como su aceptación. Estos requisitos se presentan de manera positiva, es decir, mediante la exigencia de cumplir con determinadas conductas, y negativa, proscribiendo otras del contrato, operan en un triple ámbito: en cuanto a la formulación, en el conocimiento y en la aceptación de las condiciones generales³⁰.

De tal forma que la no incorporación es la solución que ofrece la LCGC al incumplimiento de los requisitos de incorporación. Mientras que la declaración de nulidad es propia del control de contenido y, tanto el articulado de la LCGC, como la Exposición de Motivos de la misma, dejan claro que, en el caso de que el adherente no sea jurídicamente un consumidor, el modo de declarar abusiva una condición general es mediante las reglas generales de la nulidad contractual.³¹

No obstante, es necesario precisar que dicho artículo recuerda que estos requisitos de incorporación respecto a su redacción, sólo se entenderán no incorporadas cuando las mismas sean “*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*” (art.5.5 LCGC), excluyendo el control de transparencia que sí se formula cuando se trata de un consumidor.

De igual modo, y adelantándonos a las conclusiones finales, no resulta, a nuestro juicio, dicho control de incorporación, verdaderamente efectivo, pues realmente el adherente no puede llegar a comprender el alcance material y jurídico de lo que está firmando. Ya sea porque las condiciones generales estén redactadas de una manera confusa o porque al momento de celebración del contrato, el consumidor o empresario, deseoso por conseguir la contraprestación contratada, no repara a analizar los pormenores

³⁰ Arroyo Martínez I, Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación (1999) Ed. Tecnos (pp.74 y ss).

³¹ Llodrá Grimalt, F. *El contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación. Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido.* (2004) Tirant LoBlanch (p. 337).



y cláusulas que está firmando. Por consiguiente, verdaderamente, el adherente no se percata en las condiciones generales al momento de la contratación, porque no podrá influir en su contenido, pues, tal y como se caracterizan dichas condiciones, no son negociadas y se encuentran preredactadas.

Por ello, ante dicha imposibilidad de cambiar su contenido, es cuestionable pensar que se trate de un control real el hecho de obligar al predisponente a entregar un formulario al adherente, que debe firmarlo. Por consiguiente, coincidimos con ALBIEZ DOHRMAN, al entender que en todos los contratos las condiciones generales deben ser conocidas o al menos pueden ser realmente conocidas por el adherente. Pues, la cognoscibilidad es un presupuesto para garantizar que las condiciones sean parte del contrato y el cumplimiento de los requisitos de incorporación, establecidos en el artículo 5, es de especial relevancia para los consumidores, pero lo es también para los empresarios.³²

4.2. SOBRE EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Respecto al control de contenido que se realiza en los contratos en el que el adherente es un empresario, tiene el mismo régimen legal como si se tratasen de cláusulas negociadas. Por lo que solo operan como límites externos de las condiciones generales, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 del Código civil, y a las normas imperativas relativas a la nulidad contractual.³³ Así, este control se limita a declarar la nulidad de aquellas condiciones generales contrarias al Derecho imperativo, dejando la nulidad por abusividad limitada a los contratos en los que intervenga un adherente consumidor. El Tribunal Supremo en su reveladora sentencia, acerca del régimen de los contratos integrados por condiciones generales de la contratación concertados con quien

³² ALBIEZ DOHRMAN K.J. (2009) La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales de la contratación. Thomson Civitas (pp. 119 y ss).

³³ *Memento Práctico Contratos Mercantiles* (2022-2023) Ed. Lefebvre (apdo. 413).



no ostenta la condición legal de consumidor o usuario, en Sentencia de 30 de abril de 2015, señaló en su fundamento jurídico quinto:

“1.- La normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor. Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (EDL 2007/205571), que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores(...).

2.- Varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto. La primera, que 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, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente.

*Una segunda conclusión sería que, en nuestro ordenamiento jurídico **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 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Por último, el art. 1258 del Código Civil que se invoca por el recurrente 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, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato.”

Es por ello, que cuando se está frente a un contrato en el que intervienen únicamente empresarios, en una operación jurídica entendida como mercantil y actuando con ánimo de lucro, tal y como se ha expuesto, se deberá acudir a las normas imperativas generales del Código Civil. Así, en el artículo 1.255 del Código Civil establece el principio de libertad de pactos y sus límites: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”*

El límite a las relaciones contractuales lo encontramos en las leyes, la moral y el orden público. La moral y el orden público son dos conceptos jurídicos indeterminados, de difícil aprehensión y a los que, por ello, se puede recurrir en los casos de vulneración más flagrante, pero no representan un límite tan fiable o seguro como puede serlo una regla delimitada. ³⁴Tanto la moral como el orden público son dos figuras que, si bien representan un claro y contundente límite a la libertad de determinación del contenido de los contratos, tienen una operatividad limitada por su inherente imprecisión e indeterminación. Así, cuándo puede considerarse inmoral una desviación del

³⁴ MATO PACÍN, M^a. NATALIA (2017) *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (pp.154).

predisponente a su favor en la fijación del clausulado contractual o cuándo una conjunción de falta de libertad de contratación en el contenido del contrato es contraria al orden público (económico), es lo difícil de concretar.³⁵ No obstante, la problemática que suscita la contratación entre empresarios con condiciones generales de las contratación, es que al contrario de lo que ocurre con los consumidores, estos no disponen de una prelación de conductas, que de apreciarse se pudieran entender contrarias a las leyes, buena fe o al orden público, y por tanto, nulas.

No obstante, la regulación en materia contractual es de gran amplitud, pudiendo suponer las normas imperativas de carácter básico, como se verá a continuación, de difícil encaje y pueden dejar sin solución supuestos en los que pueden existir extralimitaciones. Así, pese a que el principio de autonomía de la voluntad es el que rige en las relaciones contractuales, es cierto que pueden existir supuestos en los que no existe una verdadera autonomía de la voluntad, pues el adherente limita su participación en el contrato a otorgar su consentimiento, -adherirse-, por ello entendemos, que puede resultar insuficiente el control que se formula a través de las normas de la nulidad contractual.

4.3. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE.

Asimismo, es fundamental el contenido del artículo 1.256 Código Civil, que integra el **principio de interdicción de la arbitrariedad de parte** en la determinación del contenido y elementos del contrato. Dicho principio, está relacionado con la idea del uso peligroso que un predisponente puede hacer de los clausulados predispuestos: el problema no es su utilización en sí, sino su posible mala utilización por la parte que tiene la posición preeminente que, aprovechándose de ella, puede pretender hacer lo que quiera con el contrato.³⁶

³⁵ *Ibidem*. Pacín Mato (pp.380)

³⁶ *Ídem*.

Además, existen supuestos previstos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que claramente pueden suponer un quebrantamiento de la interdicción de la arbitrariedad, tales como aquellas cláusulas insertadas en los contratados de adhesión, que reservan un plazo excesivamente largo o insuficiente para aceptar o rechazar una oferta, las cláusulas que prevén una prórroga automática del contrato o aquellas que reservan a favor del empresario la modificación unilateral, tal y como es usual en los contratos de préstamo. Un ejemplo de ello, puede ser la cláusula de vencimiento anticipado, que faculta al predisponente a resolver el contrato ante cualquier impago de las cuotas de préstamo. Asimismo, a pesar de que se prevén estas cláusulas como abusivas por la normativa de los consumidores (artículo 85 TRLGDC), lo cierto es que en caso de que sea una contratación entre empresarios no se podrá alegar esta abusividad, aunque en la práctica sean de uso frecuente.

Por tanto, para entrar a formular el control de contenido, los Tribunales, están acudiendo al principio de buena fe, que debe regir las relaciones contractuales, disponiendo en el artículo 1.258 del Código Civil lo siguiente, *“el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, o sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*. Tal y como hemos aventurado, cuando estamos ante un empresario adherente, no se podrá formular un control de contenido, pues de la forma en que se ha configurado por la normativa de condiciones generales de la contratación, este queda reservado a los consumidores. Por ello, como principio modulador de todos los contratos y como control de contenido se acudirá al principio de buena fe.

Por esto, es un principio integrador, pues los contratos se ejecutan y cumplen de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. Por ello, la



virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es aplicable, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente. Esto es, para aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato.³⁷

Por consiguiente, si tomamos la buena fe del art. 1258 Cc como punto de partida para poder controlar los posibles abusos, debemos concretar sus implicaciones pues, como cláusula general que es, la amplitud y versatilidad que la caracterizan tiene como contrapartida negativa su indeterminación. Sin querer ni poder eliminar ésta, a la vista de la jurisprudencia en el ámbito contractual, podemos decir que la buena fe objetiva del art. 1258 Cc obliga, por una parte, a un comportamiento conforme a las expectativas de las partes y, por otra, a tener razonablemente en consideración en la configuración del contrato también los intereses legítimos de la contraparte. Así las cosas, la buena fe en materia contractual conlleva, en primer lugar, un deber de transparencia que obliga al predisponente a que las cláusulas sean comprensibles no solo desde el punto de vista formal sino también respecto de la carga económica y jurídica que realmente suponen para el adherente. En segundo lugar, conlleva un deber de proporción o equilibrio en la configuración de los derechos y obligaciones de las partes, esto es, implica, como señalábamos, que el predisponente tiene que tener razonablemente en consideración los intereses legítimos del adherente.³⁸

En definitiva, los principios que rigen las relaciones contractuales, como puede ser la buena fe, no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados, que requieren de una interpretación jurisprudencial que brinde una acción protectora ante posibles abusos que puedan surgir en los contratos celebrados con condiciones generales de la contratación.

³⁷ *Manual de cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales.* (2017) s apdo.645. Sobre la buena fe. Ed. Lefebvre.

³⁸ *Ibidem*, MATO PACÍN, M.ºN, (pp.445-446)

Por todo ello, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de enero de 2017, ha sentado los parámetros para expulsar una condición general del contrato aun cuando haya sido suscrita por un no consumidor, concretando lo siguiente: ***“Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.***

Decíamos en la tan citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, que 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. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 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).



*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; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril). 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, entendiendo 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)»³⁹*

Es por ello que de dicha doctrina se deduce que no es válido aprovecharse del adherente para predisponer cláusulas que este no esperaba, entendiendo como tales, las “cláusulas sorpresivas”, que comporten un efecto contrario a las legítimas expectativas que este tenía cuando se adhirió al contrato. En este sentido, hay que recalcar que esta denuncia de cláusulas contrarias a la buena fe y que van en contra de las legítimas expectativas de una de las partes contratantes, no se aplica de forma inmediata, pues, por el contrario de lo que sucede con las cláusulas abusivas y los consumidores, no se pretende dar un control de tanta intensidad. De esta forma, lo ha entendido el Tribunal Supremo sec. 1ª en Sentencia de 7 de noviembre de 2018, nº 594/2017, estipulando lo siguiente sobre principio de buena fe como parámetro de interpretación contractual: “*En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en relación con los arts. 1256 a 1261 CC, y se cita como infringida la STS de 9 de mayo de 2013. Aunque el motivo es algo confuso, porque básicamente transcribe partes de*

³⁹ STS (Sala Civil) 30/2017 de 18 de enero.



sentencias de Audiencias Provinciales, viene a mantener que la cláusula controvertida contraviene las normas de la buena fe contractual y que, al no conocer sus consecuencias, los clientes prestaron su consentimiento con error.

2.- Decíamos en las antes citadas sentencias 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, y 57/2017, de 30 de enero, que 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. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 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).

*3- 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; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril). Pero siempre ha de tenerse en cuenta que, en el estado actual de nuestro Derecho, **el régimen de protección del adherente no consumidor frente a las cláusulas sorprendentes no puede tener la misma intensidad que la protección del consumidor.***

4.- 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 CC y 57 CCom.”

Por ello, entendemos que, pese a que se intenta atender al principio de buena fe, como principio modulador en el análisis de determinados supuestos de contratación, como sucede en este supuesto con la cláusula suelo, dicho análisis queda circunscrito prácticamente al control de incorporación, y si queda probado, que la cláusula es comprensible y que no ha sido impuesta de mala fe para frustrar las legítimas expectativas del prestatario, se entiende que dicha cláusula es válida. Sin embargo, como ya hemos adelantado, esta protección resulta manifiestamente insuficiente, pues es llamativo como se va a realizar un control de incorporación, de una cláusula que puede que tan siquiera haya leído, pues suelen ser clausulados engorrosos, de difícil comprensión, en el que se le niega la oportunidad de negociar.

De igual modo se pronuncia la Audiencia Provincial de Castellón en Sentencia de 7 de octubre de 2021, se pronuncia determinado lo siguiente⁴⁰: “Así, el art. 1258 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.(...) Para que pueda estimarse que concurren tales **circunstancias, habrá que**

⁴⁰ SAP Castellón (sección. 3ª) 740 /2021 de 7 de octubre.



*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.** Y 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 Sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, rechazó expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o **empresario**. Pero igualmente recordó que el control de incorporación de las **condiciones generales** se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no. (...). Las **condiciones generales** insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las **condiciones generales** los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC".*

En el caso enjuiciado, en las condiciones particulares se establece un interés nominal anual del 6,818000% y después como intereses de demora se hace constar " 6,000000 S/ INTERES ANUAL DEL PERIODO ". No obstante, la parte ahora apelada afirma al oponerse al recurso de apelación que la cláusula de intereses de demora lo que



dispone es que son de " 6,000000 sobre interés nominal del periodo ", y ninguna otra explicación podemos entender concurrente, aunque no se haya utilizado la palabra "sobre" y si la letra "s", cuando además nos encontramos ante un empresario profesional que conoce que los intereses de demora suponen una penalización por el incumplimiento de la obligación de pago, por lo que no podía deducir de la lectura de la cláusula que los intereses se establecían a un tipo del 6%, en un porcentaje por tanto inferior al de los intereses remuneratorios que como decimos se han fijado en un 6,818 %, máxime cuando en la propia cláusula se hace expresa mención, tras indicar el porcentaje al interés, al nominal del periodo al que se adiciona ese incremento. Rechazamos por ello los motivos del recurso que afectan a los intereses de demora."

En este supuesto no se ha considerado contraria a la buena fe la cláusula de intereses de demora, que fijaba los intereses de demora en 6 puntos sobre los intereses remuneratorios. Así, se puede observar que dicha cláusula, tal y como ha transcrito la sentencia, a mi parecer no supera ni el control de incorporación, ni por su parte el control de contenido. Si bien es cierto, que el empresario al suscribir un contrato de préstamo debe prever que en caso de incumplimiento se le aplicarán unos intereses superiores a los estipulados, sin embargo, siendo su tenor literal el siguiente " 6,000000 S/ INTERES ANUAL DEL PERIODO", estamos ante una cláusula que es evidentemente confusa. La Audiencia, ha entendido que al tratarse de un empresario debería haber entendido que esa "S", se refería a sobre el capital, y que este lo tendría que haber deducido. No obstante, a mi parecer, un elemento tan esencial como una cláusula que establece una penalización ante un posible incumplimiento, no debe inducir a error, sino que debe estar redactada de una manera clara y precisa, y en este caso, a mi juicio, esta no supera el control de incorporación al no cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 7 de la LCGC. No obstante, aun entendiendo que supera el primer filtro de incorporación, no supera el control de contenido, pues bajo mi parecer, una cláusula que añade en 6 puntos porcentuales al interés nominal, es una cláusula contraria a la buena fe, que frustra las legítimas expectativas que pudiera tener un adherente al suscribir un contrato, máxime, sabiendo que si se tratase de un consumidor, estaríamos ante una cláusula abusiva pues supera los dos puntos porcentuales al interés remuneratorio, tal y como ha sentado la

jurisprudencia del Alto Tribunal (Fundamento jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 616/2019 de 14 de noviembre de 2019 ECLI:ES:TS:2019:3659).

De igual modo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga en su Sentencia de 7 de abril de 2022, al realizar un control de incorporación de la cláusula de tipo de interés variable *“Dado que es el destino, la finalidad, perseguida por el prestatario lo que determina su condición, cualquier persona puede en diferentes momentos tener o no dicha condición dependiendo del fin que persiga con el negocio concreto. En los supuestos en los cuales se van produciendo diferentes novaciones de un préstamo, y aun cuando dichas novaciones sean meramente modificativas y no tengan carácter extintivo podríamos considerarlo, en esas novaciones, con una condición diferente a la que tenía en el contrato originario. En el supuesto concreto de que en el primer préstamo fuera no consumidor para considerarlo como tal sería necesario: .- Que el destino del dinero lo sea una finalidad no empresarial o profesional. .- Que el volumen de dinero prestado sea de tal entidad que en su conjunto (con el dinero entregado en el primer contrato) la finalidad predominante siga siendo la no profesional o empresarial. Y en el supuesto de autos no puede considerarse que se haya producido esta variación y ello porque las novaciones no han consistido en ningún momento en la ampliación del capital, sino en el establecimiento de un período de carencia y una ampliación del plazo de devolución, de manera, que debe de estarse a la finalidad inicial que era de carácter empresarial y mantener su condición de no consumidor en todas las modificaciones que se han producido a lo largo de estos años. La aplicación de la LGDCU a no consumidores es negada con rotundidad por TS en su sentencia de Pleno de 3 de junio de 2016 diciendo que la aplicación de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios está precisamente reservada a los mismos. Ciertamente se acepta que estamos ante una condición general de la contratación y por tanto sometida a la Ley que regula las mismas. Esta norma en su exposición de motivos admite la posibilidad de abuso cuando el contrato se da entre profesionales y según indica nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».* Esto que supondría un control



*de abusividad en los contratos entre profesionales pero como enseña la STS 30/1/17 luego no está desarrollado dentro del texto legal. No hay expresamente un artículo que regule la abusividad entre profesionales. (...) Estos artículos permiten realizar un control de transparencia documental o formal. De esta forma si la cláusula es oscura o ilegible o inentendible puede ampararse una sociedad o un particular no consumidor para pedir su nulidad, o en el caso de que la cláusula se introduzca subrepticamente. Indica la STS de 11 de marzo de 2020 “conforme a la jurisprudencia reiterada de esta sala, en los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación. **Pero la cláusula no supera el control de incorporación porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato y, por tanto, su mera existencia.** Lo que no supone hacer un control de transparencia, sino un control de incorporación, que es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional. Como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: “En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. La jurisprudencia de esta sala **no es cierto que limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical. Para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad.** Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC”. Por último debemos también considerar a la hora de resolver la presente*



*litis, lo establecido en el art. 6 de la citada Ley donde se establece que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. Y en el supuesto de autos **no supera la cláusula suelo este control de incorporación al deberse declarar que fue introducida de manera sorpresiva, es más, incluso debería decirse que se ha aplicado de manera sorpresiva (por indebida).***⁴¹

Este supuesto versaba sobre una escritura de compraventa con subrogación y de novación del préstamo hipotecario, en donde la cláusula de tipo de interés variable disponía expresamente un tipo de interés el 4'75% durante el primer semestre y un tipo de interés variable durante el resto de la vigencia del préstamo. Por ello entendió la Audiencia que se trataba de una cláusula sorpresiva al tener que acudir a la escritura originaria que se celebró con el primer comprador para poder conocer cuál sería la cláusula suelo: *“Para realizar los mencionados controles de claridad, comprensibilidad y cognoscibilidad sería necesario que se hubiera aportado la escritura originaria, pues mas allá de que se introdujera o no de manera sorpresiva al desconocerse la cláusula en si se impide analizar el control de transparencia. Consideramos que siendo la demandante ajena a dicha escritura originaria y aduciendo la parte prestamista la existencia de un suelo que no aparece ni en la escritura de subrogación, ni en la de novación, no se puede considerar como existente tal cláusula.”*

En conclusión, el marco de control que hemos analizado en este apartado es, a mi juicio, insatisfactorio. La buena fe, la moral y el orden público son conceptos jurídicos indeterminados, de difícil aprehensión y a los que, por ello, se puede recurrir en los casos de vulneración más flagrante, pero no representan un límite tan fiable o seguro como puede serlo una regla delimitada. En cuanto al coto que supone la ley imperativa para los abusos del predisponente, si bien existen en el Derecho de obligaciones y contratos normas que, por ser de ius cogens, no permiten el juego de la autonomía de la voluntad y suponen un límite también en los contratos predispuestos entre empresarios (ej., la prohibición de la arbitrariedad del art. 1.256 C.c., la prohibición de exoneración de

⁴¹SAP Málaga, (sección 6ª) 624/2022 de 7 de abril.

responsabilidad por dolo del art. 1.102 C.c.), son normas de aplicación a todo contrato, negociado o no. Solo abarcan un pequeño abanico de supuestos, dejando muchas otras posibles cláusulas «abusivas» sin control (Mato, 2017-a, 155).⁴² Por otra parte, además de no haber un control de contenido frente a cláusulas desproporcionadas, la protección que aporta el control de transparencia material respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reduce solo a los contratos de consumo, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo.

En esta sentencia el órgano jurisdiccional se abre, eso sí, a un posible papel del principio general de la buena fe del artículo 1.258 C.c. como «norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato». Se refiere a cláusulas sorprendentes en el sentido de que supongan una alteración entre lo que legítimamente pensaba el adherente que contrataba y lo que realmente contrató, a la vista del nivel de información proporcionado y de la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula. En todo caso, al encontrarnos fuera del ámbito de consumidores, operan las reglas generales de la carga de la prueba, que recaerá sobre el empresario adherente. Recientemente, como hemos visto, varias sentencias se han pronunciado sobre la validez de cláusulas suelo en contratos entre empresarios, siendo en algunos casos declarada su ineficacia. Sin embargo, aunque no siempre de una forma clara por la en ocasiones no nítida delimitación entre control de incorporación y el de transparencia material, se ha señalado que el motivo era la no superación del control de incorporación y no el de transparencia.⁴³

5. CONCLUSIONES.

⁴² Ibidem, MATO PACÍN, M.ºN, (p.155).

⁴³ MATO PACÍN, N, SANTOS MORÓN M.J. (2022) *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. 1º Ed. Tecnos (pp. 140 y ss).



En cuanto a la problemática de atribuir la condición de consumidor a la persona física en determinados supuestos, procederé a formular unas breves conclusiones en relación a la primera parte que ha sido objeto de análisis en este trabajo. En primer lugar, es necesario precisar que los criterios jurisprudenciales para otorgar la condición de consumidor se encuentran bastante asentados en nuestra jurisprudencia, siendo estos de gran importancia, pues de concurrir los requisitos necesarios, se condicionará la protección que se dará al contratante adherente. No obstante, aunque la jurisprudencia, en todo caso, realiza una interpretación rigurosa de la ley y extiende el concepto a aquellos casos que cabe realizar una interpretación extensiva, a mi parecer, debería realizarse una interpretación más extensiva – al igual como se ha hecho con el concepto de consumidor – en aras de brindar una protección efectiva al empresario adherente.

Así, bajo mi punto de vista, tal y como está configurada nuestra legislación, no se brinda una verdadera protección al adherente empresario frente a posibles abusos por parte del predisponente. Como hemos visto, el control que se permite en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios es únicamente el control de incorporación, es decir que haya tenido oportunidad real de conocer las condiciones y que las mismas sean claras, concretas y sencillas. Por ello, se ha declarado como no incorporada aquella cláusula que no está expresamente contemplada en las condiciones o aquellas que no se ha tenido la oportunidad real de conocer. Sin embargo, por lo que respecta al control material, es en este punto, en el que se produce una verdadera situación de indefensión. Esto es porque tanto la legislación como la jurisprudencia nos remite a los principios y normas imperativas del código civil para realizar un control material. Sin embargo, a mi juicio, no puede basarse el control de las condiciones generales de la contratación en los mismos principios, fundamentos y límites que rigen en los contratos negociados, pues precisamente, las condiciones generales de la contratación son cláusulas caracterizadas por estar predisuestas, en las que el adherente no ha tenido la oportunidad de negociar. De esta forma habrá de cuestionarse, ¿cómo se va a otorgar el mismo régimen de control a un contrato de condiciones generales de la contratación que a un contrato negociado? Precisamente, en este sentido, la normativa de los consumidores se encarga de prever

posibles vulneraciones y supuestos en los que se puede ver perjudicado el adherente y a la que el empresario profesional no se le permite acogerse.

Es por ello que es fundamental reseñar en primer término, a mi entender, que se parte de la posición, de que el adherente empresario en el contrato bajo condiciones generales de la contratación actúa en igualdad de condiciones que el empresario predisponente, por el simple hecho de que ambos son empresarios.

Asimismo, es fundamental atender a la realidad fáctica y al marco en el que se celebran estos tipos de contratos. Generalmente, suelen entregarse mediante folleto preredactado, donde el empresario predisponente formula unas condiciones, que evidentemente le son favorables. Así, las condiciones generales de la contratación se insertan en clausulados engorrosos, en el que la mayoría de los contratantes tan siquiera las leen. Por tanto, ¿cuál se supone que debe ser la diligencia exigible a un empresario al momento de celebrar un contrato de adhesión, si este no puede realmente incidir en su contenido? Es por ello que, en muchas ocasiones, tan siquiera contará con la formación necesaria que le permita comprender las consecuencias materiales y jurídicas de lo que va a suscribir. Incluso, dado el marco en el que se produce la contratación el empresario, se puede ver abocado a contratar como consecuencia de que necesita la contraprestación para poder realizar su actividad empresarial. Por otro lado, es necesario indicar, que si bien es cierto que no se le puede dar el mismo trato que si se tratara de un consumidor, tampoco resulta dejarle desprovisto de apenas ninguna medida de protección a posibles abusos.

En este sentido, la doctrina ha incidido en la crítica de la exclusión del control de contenido en las condiciones generales de la contratación, considerando que la regulación de los controles de incorporación, no han sido técnicamente correcta, al recaer en un excesivo formalismo.⁴⁴ Así, ha reconocido analizando los requisitos de incorporación

REDONDO A. (2011) *Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales de la contratación entre profesionales (reglas y usos uniformes de la CCI, contratos ISDA, CMOF y similares)* 244. *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista Uría Méndez.

contenidos en la LCGC, que no ha resultado muy afortunada. Ello es así, porque como hemos visto, muchas veces este control de incorporación se circunscribe a el requisito de haber entregado un ejemplar de las condiciones generales. Por tanto, se están excluyendo otros aspectos de forma tan relevantes como la transparencia o legibilidad.

Así, debería realizarse un estudio de cada caso concreto, teniéndose en cuenta, además de las circunstancias objetivas del contrato, las condiciones subjetivas del contratante. Lo deseable sería que todos los intervinientes -sobre todo el adherente- contaran con un asesoramiento jurídico y financiero en estas situaciones, sin embargo, la realidad no es así, y se pueden dar verdaderas situaciones de desprotección en el que un empresario, por el mero hecho de actuar en el marco de su actividad profesional, se vea desprovisto de una efectiva protección.

Como se ha analizado en los casos anteriormente expuestos, el criterio delimitador básico en estos supuestos, ha sido cuestionar si la persona física actuaba o no en el marco de su actividad profesional o empresarial, y si lo hacía o no con ánimo de lucro. Se ha entendido que un inversor particular, tiene la consideración de consumidor, si esta actividad no está comprendida dentro de actividad comercial. Igual condición se ha otorgado a la persona física que adquiere un local comercial, pero no comprendiendo esta actuación dentro de su actividad profesional. En todos los escenarios, partimos que estamos ante cláusulas no negociadas y predispuestas, en las que existe una clara posición de dominio del predisponente. Por otro lado, también es necesario recalcar como mencionábamos al principio de este trabajo, que la mayoría del sector empresarial español está conformado por autónomos y pymes, los que se enfrentan a cláusulas farragosas a las cuales se adhirieron, pues necesitan de la contraprestación poder. De este modo, poniendo como ejemplo una cláusula suelo de un préstamo de garantía hipotecaria, cuando estamos ante una persona física que reúna las condiciones para ser considerada consumidor, de forma casi inmediata dicha cláusula será declarada nula, sin embargo, si se trata de un empresario adherente la consecuencia no será la misma aunque se traten de supuestos similares.

Es por ello, que, a mi juicio, deberían preverse, ya sea una norma o jurisprudencialmente, posibles cláusulas que generen situaciones de indefensión que son comunes en las negociaciones y prácticas empresariales. Si bien es cierto que en determinadas normas sectoriales ya se prevén estas situaciones de cláusulas que pueden suponer una ventaja para una de las partes, sin embargo, esto sucede en sectores muy específicos, como el transporte o seguros, por lo que se hace preciso contar con una norma más específica que dotara de verdadera protección al empresario adherente.

Asimismo, concluimos en el mismo sentido que realiza AGUSTIN REDONDO,⁴⁵ entendiéndose que, otra solución ante esta regulación actual de la norma, es permitir una aplicación más flexible en la contratación entre profesionales, intentando acomodar el “*texto insatisfactorio*” de la LCGC a las funciones, que se ha agrupado en torno a tres posiciones⁴⁶:

- Función de transparencia, garantizando que, durante el proceso de formación del contrato, se vele por la libertad de decisión entre las partes contratantes, especialmente el adherente
- Función de integración, estableciendo las reglas de procedimiento para entender concluido un contrato integrado con condiciones generales de la contratación. No entendiéndose, en todo caso, como integradas aquellas cláusulas en las que se haya proporcionado una copia u oferta vinculante al adherente.

⁴⁵ REDONDO A. (2011) *Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales de la contratación entre profesionales (reglas y usos uniformes de la CCI, contratos ISDA, CMOF y similares)*244. *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista Uría Méndez.

⁴⁶ M. J. GETE-ALONSO (1999) *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Tecnos (p.86).

- Función de publicidad, por los que se permita asegurar al adherente conocer situación jurídica cuando surge el conflicto, posibilidad que no tiene si no tiene a disposición las cláusulas.

Por tanto, esta propuesta de interpretación del contenido de la LCGC, sería realizar una interpretación más extensiva en la que se garantice, que al menos en lo que respecta al control de incorporación, se vele porque no se haya producido una situación de indefensión y porque ninguna de las partes se haya prevalido de la situación jurídica que ocupa en el contrato de adhesión. Además, se debe proporcionar margen a los juzgadores para comprobar si efectivamente, el adherente tuvo oportunidad real y efectiva de conocer el contenido de las cláusulas a las que se va a adherir, así como de sus consecuencias jurídicas. Todo ello, teniendo en consideración las cualidades subjetivas del contratante y la posición que ocupa en el contrato de adhesión.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBIEZ DOHRMAN K.J. (2009) *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales de la contratación*. Thomson Civitas (pp. 119 y ss).
- ARROYO MARTÍNEZ, I (1999) *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Ed. Tecnos (pp.74 y ss).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011) *El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos y no resueltos*. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, (pp. 84-117).

- CASTILLO ECHEVARRÍA, R. (2021) *Memento inmobiliario*. Cap.7. Ed. Lefebvre

- *Manual de cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*. (2017) apdo.645. Sobre la buena fe. Ed. Lefebvre.
- *Memento Práctico Contratos Mercantiles (2022-2023)* Ed. Lefebvre (apdo. 413).

- MATO PACÍN, N, SANTOS MORÓN M.J. (2022) *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. 1º Ed. Tecnos (pp. 140 y ss)

- MATO PACÍN, M^a. NATALIA (2017) *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (pp.445-446)

- M. J. GETE-ALONSO (1999) *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Tecnos (p.86).

- SACRISTÁN BERGIA F., VELASCO FABRA G., UGENA MUÑOZ S., CAMPUZANO A.B, DIAZ DE LA ROSA A., VARGAS VASSEROT C., QUIJANO GONZÁLEZ J., PEINADO GRACIA J.I., ÁNGELES ALCALÁ M., ARIAS VARONA F.J., THOMAS M.P., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ A., ALONSO MUÑUMER M.E, SÁNCHEZ RONCERO A., MORENO LISO L., MOLINA C., TROYA PÉREZ A., VÁZQUEZ RUANO T. Y HUERTA VIESCA I. (2021) *Lecciones de Derecho Empresarial*, 3º ed. Tirant lo Blanch (p. 50)

- REDONDO A. (2011) *Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales de la contratación entre profesionales (reglas y usos uniformes de la CCI, contratos ISDA, CMOF y similares)* 244. *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*. Revista Uría Méndez.

- RODRÍGUEZ M.P, SANDE MAYO M.J. (2022) *Manual de acceso a la abogacía*. Tirant lo Blanc. (p.615).

- https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Cifras_PYME/CifrasPYME-septiembre2022.pdf

Repositorio de jurisprudencia:

- STJUE de 2 de abril de 2020 (C-500/18).
- STJUE de 14 de febrero de 2019, (C-630/17).
- STJUE de 14 de septiembre de 2016, (C-534/15).
- STJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015 (C 110/14).
- STS (Sala Civil) 30/2017 de 18 de enero.
- STS (sala civil) 224/2017 de 5 de abril.
- STS (sala civil) 683/2017 de 18 de diciembre.
- STS (Sala Civil) 30/2017 de 18 de enero
- SAP Málaga, (sección 6ª) 624/2022 de 7 de abril.
- SAP Castellón (sección. 3ª) 740 /2021 de 7 de octubre.
- SAP Madrid (sección 25ª) 224/2021 de 3 de junio.
- SAP Álava (sección1ª) 296/2020 de 6 de mayo.
- SAP Sevilla (sección 5ª) 322/2020 de 18 de diciembre.
- SAP Córdoba (sección 1ª) 1013/2020 de 9 de noviembre.
- SAP León (sección 1ª) 656/2020 de 16 de octubre.
- SAP Pontevedra (sección 1ª), 480/2019 de 10 de septiembre.
- SAP Lugo (sección 1ª) 3/2017 de 11 de enero.
- SAP Albacete (sección 1ª) 29/2016, de 29 de enero.
- SAP Albacete (sección 1ª) 29/2018 de 1 de enero.
- SAP Álava (sección 1ª) 266/2016 de 1 de septiembre.
- SAP Pontevedra (sección 1º) 336/2014 de 14 de octubre.