

**SOBRE LA CONTROVERTIDA EXTENSIÓN DE LOS CONTROLES DE ABUSIVIDAD Y DE TRANSPARENCIA MATERIAL A LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESARIOS Y/O PROFESIONALES. Unas reflexiones a propósito de las SSTs 436/2023, de 29 de marzo de 2023 y 1542/2023, de 20 de abril de 2023<sup>1</sup>**



JOSÉ MANUEL SERRANO CAÑAS

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL*

1. Resulta notorio que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) sólo condiciona la validez de las cláusulas incorporadas en CGC a la superación de un único control, conocido como control de transparencia formal, o control de inclusión o de incorporación. A pesar de que la Exposición de Motivos de la LCGC mencionaba que era posible la existencia de cláusulas abusivas en el marco de la contratación entre empresarios y profesionales, llegaba a la conclusión de que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. De ahí que dicho control continuó a extramuros de la LCGC, consolidándose en la normativa tuitiva de los intereses de los consumidores (primero, en la Ley de 1984 y, en la actualidad, en los arts. 80 y ss. TRLDCU). En efecto, la Exposición de Motivos de la LCGC, el legislador llegaba a afirmar que «(e)sto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un

---

<sup>1</sup> Estas reflexiones se enmarcan dentro del Proyecto nacional (referencia: PID2020- 117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ).

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».

Lo mismo sucede con el control de transparencia material al que quedan sometidas aquellas cláusulas insertas en condiciones generales que inciden en los elementos esenciales del contrato (precio y contraprestación). Fruto de la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se introduce en los contratos de adhesión con consumidores un segundo párrafo al art. 83 TRLGDCU y un apartado 5 en el art. 5 LCGC por el cual “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Parece clara la opción de nuestro legislador de reducir el ámbito de aplicación de este control a los contratos de consumo. A su vez, nuestros tribunales se muestran bastante reticentes a extender el control de abusividad y de transparencia material a las cláusulas predispuestas y no negociadas en los contratos en los que el adherente ostente la condición de empresario o profesional (cfr., por todas, STS de 3 de julio de 2018 y las que cita).

2. No puede afirmarse con total rotundidad que en nuestro legislador sea reacio a imponer controles de abusividad en los contratos entre empresarios. Por el contrario, a lo largo de nuestra extensa normativa nos encontramos con preceptos que imponen genuinos controles de contenido de los contratos celebrados entre empresarios. Así, podemos traer a colación el art. 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*; el art. 41.3 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, *del contrato de transporte terrestre de mercancías*; el art. 3.1 de la Ley del Contrato de Seguro.

3. La extensión del control de abusividad a los contratos entre empresarios está en consonancia con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»). En efecto, al estipular el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201), tales Principios prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1). No obstante, 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).

4. A su vez, desde el punto de vista *doctrinal* o *dogmático*, no han faltado los autores que han defendido la extensión del control de contenido o abusividad en la contratación entre empresarios y/o profesionales con fundamento en una *aplicación analógica* (ex art. 4 CC) de las normas que establecen dicho control en el TRLGCU. Ahora bien, en sentido estricto, la analogía no parece proceder aquí, pues, para que resulte aplicable se precisa el cumplimiento acumulativo de dos exigencias: 1ª) la existencia de una laguna legal y 2ª) la constatación de la existencia de una regla del ordenamiento que sirva para llenar dicha laguna legal por apreciarse en ella “identidad de razón”. Sin embargo, en el caso de la ausencia de control de contenido en la LCGC no nos encontramos ante una laguna legal en sentido estricto, por ser deliberado el silencio que la LCGC guarda sobre esta materia.

No obstante, ante la imposibilidad de aplicar la analogía por la razón indicada, otro sector doctrinal ha propugnado la construcción de un control de contenido en la contratación entre empresarios y/o profesionales a través de las cláusulas generales del Derecho patrimonial privado tales como la *buena fe* y el *abuso del Derecho* (arts. 6, 7 y 1258 CC y art. 57 Cdc).

5. Como decíamos, nuestros tribunales no admiten la aplicación de los controles de abusividad y de transparencia material a las CGC de los contratos de adhesión entre empresarios. Pero esta negativa es tan sólo de carácter farisaico, superficial, o cosmética, por cuanto que sí son proclives a examinar la posible nulidad de las cláusulas impuestas en contratos B2B por *ser contrarias a la buena fe comercial y al justo equilibrio de las prestaciones o por haber sido incorporadas de forma abusiva* (prevaliéndose de lo que ha dado a conocerse como situación de dominio contractual).

Un ejemplo de ello lo encontramos en las recientes sentencias de nuestro máximo tribunal (sentencias 436/2023, de 29 de marzo de 2023 y 1542/2023, de 20 de abril de 2023), que viene ya a consolidar la línea que se abrió por la STS 57/2017, de 30 de enero. De ellas se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1º.- Para nuestra jurisprudencia el principio de la buena fe constituye un “parámetro de interpretación contractual” (STS 436/2023, Fº.Jº. 7º y STS 1542/2023, Fº.Jº. 5º). Así pues, en consonancia con lo establecido en los arts. 1258 CC y 57 CCom, los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.

2º.- El principio de la buena fe tiene la virtualidad de modelar el contenido mismo del contrato, en el sentido de que es “capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato”. Parece poner fin a cierta duda hermenéutica acerca de si la buena fe solo servía para integrar el contenido comercial o si, además, tiene la fuerza de eliminar cláusulas pactadas en el contrato. Nuestro máximo tribunal lo

tiene claro: el quebrantamiento de la buena fe es causa de nulidad y expulsión de las cláusulas del contrato.

3º.- Esta facultad de declarar nulas ciertas cláusulas viene, a su vez, modulada y delimitada por los siguientes condicionantes:

i) En primer lugar, siguiendo el principio de presunción de la buena fe, el empresario o profesional adherente deberá pechar con la carga de la prueba de la mala fe del predisponente. Así pues, deberá probar que el predisponente ha intentado “sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. No procede, por tanto, una revisión de oficio de las posibles cláusulas abusivas de los contratos entre empresarios o profesionales, sino que será el adherente quien deberá probar el “abuso de la posición contractual”.

ii) En segundo lugar, solo 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”. Como se desprende fácilmente, nuestro jurisprudente aboga por reducir el ámbito de aplicación de la nulidad por mala fe en los contratos B2B a las denominadas “cláusulas sorprendentes”: aquellas que comportan una regulación contraria a las legítimas expectativas que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; 273/2016, de 23 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre).

Para nuestro máximo tribunal, el posible “control de abusividad” de las condiciones generales entre empresarios o profesionales tiene como objetivo cualquier cláusula que afecte al “contenido natural del contrato” (STS 436/2023, Fº.Jº. 7º y STS 1542/2023, Fº.Jº. 5º). No cabe duda de que quedarán sometidas a este control de buena fe, en primer lugar, aquellas estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y contraprestación). Pero no sólo ellas, sino cualesquiera otras cláusulas accesorias o contingentes siempre que el adherente pruebe que existía una legítima expectativa sobre la base de la “la propia naturaleza y funcionalidad del contrato”. Estas cláusulas serán sorprendentes cuando de conformidad con las circunstancias en que se desarrolló la contratación -la publicidad, los actos preparatorios, etc.- y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado -y su régimen legal aplicable, aunque sea de carácter supletorio-, “resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente” (Miranda Serrano). De hecho, en la STS 57/2017, de 30 de enero, el TS expresaba

algunos criterios a tener en cuenta para determinar el carácter sorpresivo o no de una determinada cláusula:

a) la información proporcionada (puesto que “una correcta información excluiría el factor sorpresivo”) y

b) “la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito”. Este deber de diligencia del empresario adherente dependerá, a su vez, “de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.”.

c) Y la carga de la prueba de ambas cuestiones (información dada y diligencia del adherente), al no ser consumidores, corresponde al adherente empresario o profesional, quien deberá alegar que la cláusula sorprendente “desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas”.

iii) En tercer lugar, y en función de lo anterior, 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. Obviamente, las legítimas expectativas de un profesional o empresario no pueden tratarse con el mismo rigor que las de un consumidor o usuario. Como tampoco podría tratarse de forma homogénea las expectativas de un microempresario, las de un pequeño y mediano empresario, y las de un gran empresario.

Parece del todo razonable exigir un estándar de diligencia negocial al consumidor de menor intensidad que el requerido a un empresario o profesional. No podemos olvidar que, mientras que el acto de consumo tiene como causa la satisfacción de un interés personal o familiar, el empresario o profesional adherente que contrata, lo hace en el marco de una actividad profesionalizada, por razón de su negocio, con ánimo de lucro y con una repercusión –más o menos directa– sobre su actividad empresarial, esto es, con una repercusión directa a lo que constituye su *modus vivendi*.

De ahí, por un principio de “autorresponsabilidad”, se le debe exigir una mayor diligencia al adherente empresarial o profesional, sobre todo cuando contrata en el ámbito del “giro o tráfico” de su negocio. Será necesario tener en cuenta, por tanto, las peculiaridades y necesidades del tráfico mercantil, así como el contrato concreto y el ámbito –vinculado o no al objeto propio de su actividad empresarial– en que se inserta, para valorar el grado de protección adecuado en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Este nivel de diligencia exigible al empresario o profesional adherente deberá ponderarse sobre la base de dos criterios:

En primer lugar, el equilibrio de fuerzas entre el predisponente y el adherente. En cierta medida, se podría entrever ya que la LCS diferenciaba entre tomadores, en función de lo que se conocía como “grandes riesgos”. Así, si el empresario contratante era de una importancia económica considerable (en la antigua redacción del art. 107 LCS), las normas imperativas de la LCS se metamorfoseaban en dispositivas. Algo parecido habría que llevar a cabo en la contratación entre empresarios. No se soporta más el tratamiento paritario entre empresarios. Debe admitirse que en estos contratos también puede existir un adherente “débil”.

En segundo lugar, “el giro y tráfico” del establecimiento. No puede entenderse que por el mero hecho de ser empresario, éste cuente con la formación suficiente para conformarse las expectativas legítimas que debe tenerse en cuenta en la contratación mercantil en su globalidad. El hecho de ser empresario no le convierte a uno en experto conocedor de todas las cláusulas típicas o los usos mercantiles del sector asegurador, transporte, bancario, financiero, distribución... Parece razonable entender que fuera de su giro y tráfico habitual, el empresario adherente puede situarse en un estado de ignorancia incluso similar al de un consumidor.

6. Este impulso jurisprudencial favorable a la extensión de la buena fe como parámetro modulador del contrato (eufemismo que usa el intérprete para no llamarlo por su nombre: control de abusividad) a las cláusulas sorprendentes insertas en contratos entre empresarios y profesionales, debe ser aplaudido.

El modo de proceder real de cualquier adherente (sea o no consumidor) estriba en negociar (con mayor o menor poder) los elementos esenciales del contrato, esto es, el precio y la calidad del objeto. El resto de condiciones contractuales (digamos, las cláusulas «contingentes») no son objeto de negociación. Es más, se trata, en muchos casos, de cláusulas que ni siquiera van a llegar a ejecutarse (por ejemplo, indemnizaciones, plazos de reclamación, cláusulas penales, vencimientos anticipados, limitaciones de responsabilidad, sumisión a un tribunal concreto...). La decisión y voluntad negocial del adherente no se conforma con base a ese contenido accesorio o contingente, sino tan solo en las prestaciones básicas. Por tal razón, parece de justicia que el principio de buena fe permita expulsar del contrato aquellas cláusulas que hayan sido impuestas por el predisponente, utilizando su poder para desequilibrar los derechos y obligaciones de la contraparte en beneficio suyo. Eso sí, tan sólo queda una cosa: que se produzca algún pronunciamiento favorable a la nulidad de una cláusula sorprendente en condiciones generales de contratos B2B.

**Bibliografía básica de referencia:** CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Quién teme al control de incorporación (B2B)? En torno al aparente «sí, pero no» de las SSTs 20.1.2020, 11.3.2020 y 12.6.2020, entre otras (y réplica

de buena fe al prof. Pertíñez)”, Diario La Ley, n.º 9675, Sección Comentarios de jurisprudencia, 16 de Julio de 2020; CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios>, jun 27, 2016; MATO PACÍN, M<sup>a</sup>. N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, 2017; MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?”, *La Ley mercantil*, n.º 87 (enero), 2022; MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, n.º 4, 2022, págs. 111-156; MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro. protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 761, 2017, pp. 1151-1196; MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *La Ley mercantil*, n.º 27 (julio-agosto), 2016; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid; Barcelona, 1999; PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 221-300; PAGADOR LÓPEZ, J., «Condiciones generales y cláusulas abusivas», en Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, pp. 1307-1442; PAGADOR LÓPEZ, J., SERRANO CAÑAS, J. M., “Sobre el carácter abusivo del pacto de solidaridad en la fianza (o la renuncia mediante cláusulas predispuestas a los beneficios de excusión u orden y división): A propósito de las sentencias del TS 56/2020 (RJ 2020/145) Y 101/2020 (RJ 2020/39)”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, n.º 0, 2020, pp. 209-254.