

CONTROL DE CONTENIDO DE LA CLÁUSULA SOBRE
INTERESES MORATORIOS EN LA CONTRATACIÓN
PREDISPUESA ENTRE PROFESIONALES

*CONTENT CONTROL OF THE LATE INTEREST CLAUSE IN
PREDISPOSED CONTRACTING BETWEEN PROFESSIONALS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 448-473

Rocío LÓPEZ
SAN LUIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Las crisis económicas sufridas en los últimos tiempos han puesto en situación de vulnerabilidad al sector empresarial propiciando numerosos incumplimientos en contratos de financiación que terminan judicializándose. En este sentido, existen cláusulas incorporadas en dichos contratos que si bien no puede ser objeto de juicio de abusividad sí podrían someterse a control de contenido por otras vías. En este estudio ponemos de manifiesto como la doctrina y jurisprudencial tienen una visión aperturista de este control de las condiciones generales en la contratación mercantil y, en concreto, de la valoración de la cláusula de intereses moratorios cuando estos pueden resultar desproporcionados o existir entre las partes abuso de posición dominante y ejercicio antisocial del derecho contrario a la buena fe.

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación; cláusulas no negociadas, empresarios; transparencia; cláusula de buena fe.

ABSTRACT: *Economic crises experienced in recent times have left the business sector vulnerable, leading to numerous breaches in financing contracts that end up in court. In this regard, there are clauses incorporated in these contracts that, while they cannot be subject to an assessment of unfairness, could be subjected to content control through other means. In this study, we highlight how both doctrine and case law have an open view of this control of general conditions in commercial contracting, and specifically, of the assessment of the late interest clause when these can be disproportionate or when there's abuse of a dominant position and anti-social exercise of rights contrary to good faith among the parties.*

KEY WORDS: *General terms of contracting; non negotiated contract terms; entrepreneurs; transparency; general clause of good faith.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCION.- II. PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE ANTE CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.- III. VIAS DE PROTECCIÓN ANTE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS ENTRE EMPRESARIOS.- I. Reducción de los intereses moratorios abusivos por la vía del art. 1154 CC.- 2. La buena fe del art. 1258 CC como control de contenido de la cláusula de intereses moratorios.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCION.

Las diversas crisis económicas y financieras, la más reciente derivada de Covid-19, han ocasionado que parte del tejido empresarial se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, y otra, incluso, haya desaparecido, al no ser capaces de soportar la tensión del mercado. Tanto es así que, son muchas las actuaciones salvíficas llevadas a cabo por empresarios como la refinanciación de deudas, novaciones de contratos de préstamos, y reclamaciones judiciales, con el objetivo de buscar solvencia económica.

Esta situación de vulnerabilidad unida a la abusividad de las condiciones en la contratación, ha provocado que tanto el legislador como los órganos judiciales busquen alternativas para los empresarios, al entender que es de justicia preocuparse por un sector de cuya estabilidad depende, al fin y al cabo, millones de consumidores y usuarios. Así, el TS ha deslindado los controles de incorporación y de transparencia evitando, por un lado, los inconvenientes de su aplicación a la contratación predispuesta entre empresarios¹, y, por otro, frenando la posición dominante de las entidades prestamistas frente al pequeño empresario², dado que estos tienen la misma sensación de engaño que en su día tuvieron los consumidores con determinadas cláusulas, como la de gastos de vencimiento anticipado y el IRPH, etc.

- ¹ Sobre la negativa del TS a extender el control de transparencia material a las cláusulas no negociadas entre empresarios véase ALBIEZ DHRMANN, K.J.: "La protección de los empresarios en la Proposición de Ley "De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta". Una solución a medias", *Revista Lex Mercatoria*, (2018), n.º 81, pp. 5-6. ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada. Al hilo de las SSTs 18 enero 2017 (RJ 2017, 602) y de 9 marzo 2017 (JUR 2017, 55055), entre otras", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, pp. 1-9. ANCHÓN BRUÑEN, M.ª J.: "La problemática de los intereses remuneratorios y moratorios en las escrituras de hipoteca", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 5, julio-diciembre 2014, pp. 66-67.
- ² SÁNCHEZ RUIZ VALDIVIA, I.: "El Tribunal Supremo (hace apenas 1 año, en 2019), parece dispuesto a (pre) ocuparse por atajar, también, por la abusividad padecida por los autónomos y Pymes. También convencido de la necesidad de realizar el oportuno deslinde entre los controles de incorporación (recurso estrella para los profesionales atajan la abusividad padecida en la contratación predispuesta) y el control de transparencia (recurso estrella para que los adherentes-consumidores atajan la abusividad padecida en la contratación predispuesta), en *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (Pymes)*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p. 26.

• Rocio López San Luis

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: rlopez@ual.es

Se observa que en las resoluciones judiciales el nivel de protección en la contratación predispuesta entre empresarios ha ido en aumento. Así, se ha reconocido el derecho del autónomo o Pyme a expulsar del contrato la cláusula suelo, por entender que el adherente -no consumidor- no conoció ni tuvo oportunidad de conocer la cláusula en cuestión en supuestos donde el destino del préstamo hipotecario fuera profesional -compra de local para apertura de oficina de farmacia, adquisición de licencia de taxi, o el empresario que hipoteca su vivienda para la compra de local donde desarrollar su actividad profesional³; y, todo ello porque, a pesar de que el TS es contrario a aplicar el control de transparencia material en la contratación predispuesta entre empresarios⁴, en ocasiones, ha encontrado su potencialidad en la re-interpretación del principio de incorporación como control de cognoscibilidad real⁵ y en las normas generales del sistema contractual -arts. 1255, 1258, 1154 y 1155 del CC-, abriendo, con ello, nuevas vías de protección para los empresarios en situación de dificultad económica⁶.

Por tanto, podemos afirmar que en la doctrina jurisprudencial se observa una apertura hacia la determinación de la abusividad de las condiciones generales predispuestas entre empresarios. Si bien, no podemos decir que exista consenso

- 3 P. e. STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088); STS 28 mayo 2014 (RJ 2014, 3354); STS 30 abril 2015 (RJ 2015, 2306); STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2550); SAP Cáceres 3 junio 2013 (AC 2013, 148); SAP Córdoba 18 junio 2013 (AC 2013, 1886).
- 4 La STS 3 junio 2016, en relación al control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, señaló que “ 3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previene la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2.º de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor”, (FJ. 4), (RJ 2016, 2306).
- 5 STS 9 marzo 2021: “7.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad”, (RJ 2021, 5177). ALBIEZ DHMANN, K.J., sostiene que “se ha sobredimensionado la transparencia como criterio de control de contenido de las cgc. Pienso que se podría reconducir la transparencia al ámbito que le es propio, que es la información general y personalizada que se debe dar en la contratación adhesiva al cliente -consumidor o empresario- Ello ha de pasar también por reconsiderar el modelo de información en la contratación en general y particularmente en sectores específicos, como p.e. el sector bancario”, “La protección”, cit., pp. 8-9.
- 6 STS 23 noviembre 2021: “1.- En primer lugar, al ser indiscutido que la prestataria carecía de la condición legal de consumidora, resulta evidente la improcedencia de la realización de controles de transparencia y abusividad propios de la legislación de consumidores, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras). Sin embargo, la Audiencia Provincial no realizó ninguno de tales controles ni de forma explícita ni de manera implícita, sino que consideró que la cláusula litigiosa fue impuesta a la prestataria de forma contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones, dado que la demanda junto a los arts. 8 a 10 LCGC, se invocaron también los arts. 1254, 1255, 1256 y 1258 CC y 57 Ccom”. (FJ.3), (RJ 2021, 5177).

en los fundamentos jurídicos en los que sustentan las resoluciones. Aun así, en este trabajo analizaremos aquellos argumentos que nos permitan la protección de los empresarios en situación de vulnerabilidad ante la abusividad de condiciones generales y, en concreto, ante la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamos hipotecarios o financieros, procurando determinar cuál sería la vía para la obtención de una resolución judicial favorable de ineficacia de la cláusula penal moratoria cuando los intereses resultan desproporcionados.

II. PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE ANTE CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.

En la determinación del concepto de consumidor del art. 3 TRLGCU⁷ el legislador abandonó el criterio de destino final de los bienes o servicios establecido en la LGDCU de 1984, para adoptar el de celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional -según la interpretación flexible del concepto de consumidor realizada por TJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por estos-. Así, y a modo de ejemplo, la STJUE 3 septiembre 2015⁸ objetivó el concepto de consumidor poniendo el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante, considerando 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 consumidor con arreglo a la citada Directiva. Por el contrario, se concluyó que dentro del concepto de consumidor no se puede incluir a los profesionales -autónomos y Pymes- dando lugar a la inaplicación de los controles de transparencia material y abusividad de las condiciones generales en la contratación entre empresarios⁹.

7 RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias (BOE. núm. 287, de 30/11/2007).

8 STJUE 3 septiembre 2015 (asunto C-110/14, caso Costea) ECLI:EU:C:2015:538. También se puede consultar la STJUE 25 enero 2018 (asunto C-498/116, caso Schrems), ECLI:EU:C:2018:37, en la que se resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor estableciendo diferentes pautas.

9 Doctrina que ha quedado recogida, entre otras, en la STS, Sala de lo civil, sección 1.ª 7 noviembre de 2017 " 1.º Conforme al art. 3 del TRLGCU, "Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional 2.º como hemos dicho en diversas resoluciones (por ejemplo, sentencias 16/2017, de 16 de enero, o 224/2017, de 5 de abril, por citar solo algunas de las más recientes) este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Fruto de esta inspiración comunitaria, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". (FJ .3). (RJ 2017, 4763). En el mismo sentido, STS 13 junio 2018 (RJ 2018, 2445); STS 3 de junio 2016, (RJ 2016, 2303), STS 30 abril 2015, (RJ 2015, 2019); 18 enero 2017 (RJ 2017, 922), STS 20 enero 2017 (RJ 2017, 926), y STS 9 marzo 2021 (RJ 2021, 1099).

SÁNCHEZ RUIZ VALDIVIA, I.: afirma que: "A mi juicio, en tanto en cuanto nuestro legislador no actúe como actuó el legislador catalán -dando cabida dentro del concepto de "persona consumidora" y dentro del control de abusividad a los autónomos y a empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, así como a las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos, servicios de trato

A más, en la reforma del concepto de persona consumidora vulnerable de 2021, a través del RD-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica¹⁰, el legislador tampoco incluyó a los autónomos y empresarios, pues en el segundo párrafo del art. 2 TRLGDCU se omitió cualquier alusión a la situación de vulnerabilidad o exclusión social de este tipo de profesionales.

No obstante, el hecho de que sólo los consumidores puedan acogerse al control de transparencia material, creado por vía judicial, y al control de contenido de la LCGC que remite al TRLGCU, no significa que los profesionales -autónomos y Pymes- no puedan ser merecedores de protección, en tanto en cuanto son adherentes de la contratación. En tal sentido se pronunció la STS de 20 de enero de 2017¹¹ en la que se establece "...I. La Exposición de Motivos (en adelante EM) de la LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Sin embargo, lo expresado en la EM carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. 2.- A su vez, la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), como no podía ser menos (...), rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233C que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 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, al decir: 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 arts. 5.5 y 7 LCGC". (FJ. 3). Igualmente, la sentencia se refirió a la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones

continuado, -los autónomos y Pymes, en tanto en cuanto empresarios con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE, quedan fuera de los contornos taxados del art. 3 TRLGCU por mucho que en las reformas de este precepto se haya ampliado la definición legal en 2007, 2014, y 2021, en *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (Pymes)*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p. 91.

¹⁰ BOE. núm. 17, de 20-01-2021.

¹¹ STS 20 enero 2017, (RJ 2017, 926).

generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores: “Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la LCGC (...). Conexión entre transparencia materia y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309), (...), y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor”¹².

III. VIAS DE PROTECCIÓN ANTE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS ENTRE EMPRESARIOS.

Para un empresario es importante conocer las vías de protección normativa en las que se puede amparar ante una situación de vulnerabilidad en la contratación predispuesta. Son varias las opciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia por lo que vamos a intentar determinar cuál de ellas es, a nuestro juicio, la indicada para alcanzar el control de contenido de las condiciones generales abusivas en la contratación mercantil y, en concreto, la cláusula de los intereses moratorios como condición general accesoria en los contratos de préstamo o crédito hipotecario entre empresarios. Y, todo ello, con la finalidad de obtener su ineficacia o moderación cuando se observe que son desproporcionados al ocasionar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Por tanto, en este apartado, se pretende determinar las normas a través de las cuales podríamos alcanzar un control de contenido de las condiciones generales

12 Este criterio es el mantenido por las Audiencias Provinciales en sentencias relativas a la protección del deudor adherente (persona jurídica) frente a la abusividad de diferentes cláusulas contenidas en los contratos de adhesión (préstamo) y, en concreto, en la relacionada con la cláusula suelo, cuando el prestatario es persona jurídica en el ejercicio de su profesión. Así, la SAP Cáceres 3 junio 2013 (AC 2013, 148) “...Teniendo en cuenta los hechos en los que se fundamenta la demanda y los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores, se llega a la conclusión de que el examen de la cláusula impugnada por la entidad mercantil ha de hacerse desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Desde este punto de vista, la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exige para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC). Y, SAP Córdoba 18 junio 2013: “... En relación con el problema expuesto, por un lado, es cierto que la sentencia de la Sala 1.ª del tribunal supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo, (...), rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero, por otro, el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia que el adherente sea consumidor o no (...). (AC 2013, 1886)

en la contratación entre empresarios, que como se sabe está descartado¹³, sin perjuicio de la nulidad de toda cláusula que no supere el control de incorporación¹⁴.

Entrando en las diferentes vías para un posible control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios contamos, por un lado, con la LCGC¹⁵ que, como vamos a ver, tiene escaso recorrido en el contexto de la contratación entre empresarios y, por otro, las normas ajenas a la contratación predispuesta, como las relativas al derecho de obligaciones y contratos en general: la autonomía de la voluntad y sus límites (1255 CC), el principio de la buena fe (art. 1258 CC), la moderación de las cláusulas penales (art. 1154 CC), así como los arts. 3 y 7 del CC en relación a la buena fe y el ejercicio antisocial del abuso de derecho¹⁶.

La LCGC regula el control de contenido de los contratos mediante condiciones generales. En su art. 8 se observan dos regímenes distintos: El primero, que declara

- 13 MATO PACÍN, M.ª N.: afirma que "El fundamento del control de contenido se basa en la diferente posición en que encuentran las partes respecto de las condiciones generales por el peculiar proceso de formación de la autonomía de la voluntad, lo que propicia un posible abuso del predisponente frente al adherente. Si la "característica jurídicamente relevante", la *ratio legis*, es evitar estos potenciales abusos de una parte sobre la otra dada la configuración negocial de las condiciones generales y, por otra parte, los problemas derivados de un déficit de funcionamiento de la autonomía privada no son exclusivos del adherente consumidor, sería posible argumentar la aplicación analógica de esta norma para procurar la protección de todo tipo de adherente parte débil, ya sea consumidor o empresario...", en *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, ed. Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017.
- 14 SAP Córdoba 12 noviembre 2013: "En Efecto, dicho negocio jurídico consistió en un préstamo mercantil en que la parte prestataria "Villautomóviles, S.L.", no tiene la condición legal de consumidora, puesto que es una compañía mercantil con ánimo de lucro, en concreto una sociedad limitada, por lo que está excluida tanto del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 3), como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Además, el mencionado contrato no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil (...). Ahora bien, ello no impide que el contrato celebrado entre las partes fuera un contrato sometido a condiciones generales, puesto que claramente se trató de un negocio en el que la prestamista predispuso las condiciones del contrato y los demandados (prestataria y fiadores solidarios), se adhirió a las mismas, en los términos de los arts. 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En relación, con lo cual, la jurisprudencia tiene declarado 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, diciendo por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/13, de 9 de mayo (JUR 2014, 11620).
- 15 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (BOE. núm. 89, de 14/04/1998).
- 16 La AAP Tarragona 27 mayo 2014, considera que el control de contenido de los intereses moratorios, cuando el prestatario no es un consumidor, puede tener amparo en la proscripción del abuso de derecho o del ejercicio antisocial del mismo del art.- 7.2 CC, aplicando dicha norma a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social de tiempo conforme al artículo 3.º del Código civil. "Por ello, para que ese control de abusividad de los intereses moratorios sea posible cuando el prestatario no es consumidor será necesario: 1) Que el prestatario lo alegue, no pudiendo por tanto el juez de oficio hacer tal control de abusividad; 2) Que el prestatario acredite la abusividad de los intereses moratorios en el caso concreto...". (AC 2014, 1957); SAP Málaga, Sección 4.ª, de 13 de noviembre 2008, "En el presente caso, esta Sala considera que las condiciones establecidas en el contrato de préstamo de litis supone una grave ruptura del equilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, obteniendo una de ellas, el prestamista, un beneficio económico que supera, en mucho, las prácticas bancarias, incluso las actividades financieras más atrevidas. Estándose ante una conducta antisocial, representativa de un abuso de derecho, al sobrepasarse manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, referido éste a la obtención de un rendimiento económico razonable derivado de una actividad contractual, que ha de tener el adecuado reproche social y, por ello, la procedente reacción jurisdiccional), (Roj: SAP MA 1671, 2008); SAP Madrid, 8 junio 2021 (JUR 2021, 362740).

nulas de pleno derecho “las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que ellas establezcan un efecto distinto para el caso de contravención”, y, el segundo, derivado del apartado segundo, que es de aplicación restringida a los contratos con consumidores, que sanciona con nulidad las cláusulas abusivas “definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”; que con la entrada en vigor del TRLCCU la remisión hay que entenderla al art. 82 y siguientes de la citada norma. Por tanto, a la contratación con condiciones generales entre empresarios tan solo les es aplicable el apartado primero del art. 8, pero en ningún caso el art. 82 TRLGCU, que está reservada para los contratos consumidores¹⁷.

Esta posición contraria a la extensión del control de contenido basado en la cláusula general del art. 8.2 LCGC, -hoy art. 82 TRLGCU-, es la mantenida por la jurisprudencia¹⁸. Sin embargo, en la doctrina científica encontramos posiciones divergentes: Unos, sobre la base de la EM de la LCGC, han defendido la existencia de una laguna normativa permitiendo el recurso a la analogía para solucionar las deficiencias y proteger a los empresarios frente a las condiciones generales, cuando así lo requieran; y otros, como MATO PACÍN, entiende que de dicho Preámbulo y de la letra del art. 8.1.º LCCG se deduce que el legislador sí concibe la existencia de un control de contenido para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, pero no sobre la cláusula de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones contenida en el art. 8.2 LCGC (hoy art. 82.1 TRLGCU), sino entrelazando diversos conceptos tales como “el abuso de posición de dominio”, “buena fe”, “desequilibrio importante de derechos y obligaciones”; partiendo siempre de la normativa “imperativa o prohibitiva” y teniendo en cuenta “las características específicas de la contratación entre empresas”¹⁹.

17 CAÑIZARES LASO, A., “El concepto de cláusula abusiva debe identificarse con un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, pues este concepto que está incluido expresamente en la norma sobre protección de consumidores está excluido por el art. 8 LCGC que no incluye el que el contrato se haya celebrado entre empresarios...”, en “Comentarios al artículo 82 al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. CAÑIZARES LASO, coord. L. ZUMAQUERO GIL), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 1180.

18 SAP Madrid, Sección 28.ª, 8 de junio de 2021, sobre si la condición de consumidor impide la revisión y declaración de abusividad de la cláusula de intereses de demora “... No sería posible el control de contenido o abusividad previsto en el art. 8. 2.º LCGC debido a que el prestatario no es consumidor Es muy reiterada la jurisprudencia que niega la posibilidad de efectuar el control de transparencia material en las operaciones entre empresarios.... (JUR 2021, 362740).

19 En este sentido, la STS 20 enero 2017: “...4. Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado 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 el 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”. (FJ 4.) (RJ 2017, 926)

MATO PACÍN, M.ª N.: *Cláusulas*, cit, pp. 151-152.

En cuanto a las normas del derecho de obligaciones y contratos en general -normas ajenas a la contratación predispuesta-, como mecanismos de protección para el empresario adherente, destacamos, en primer lugar, los límites a la autonomía de la voluntad, como regla fundamental del derecho privado (art. 1255 CC), pues esa libertad de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente encuentra su límite en el propio precepto -siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público-, despejando cualquier tipo de duda respecto al carácter no absoluto de la autonomía de la voluntad.

Relacionada con esta segunda vía de protección, la STS 23 noviembre 2021²⁰ aludió a la libertad de pactos e improcedencia del control de abusividad en contratos entre profesionales²¹ en relación a una cláusula de interés de demora afirmando que: “Es jurisprudencia de esta Sala que los intereses moratorios son una modalidad de cláusula penal para las obligaciones dinerarias mediante la que la indemnización de daños y perjuicios se calcula de forma anticipada, tal y como permiten los arts. 1152 CC y 56 Ccom (...), a su vez y como recordó la sentencia de pleno 530/2016, de 13 de septiembre, la posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el art. 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente”. Y dicha sentencia hizo también la siguiente mención: “no sólo las cláusulas penales “opresivas” intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado (como el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (rec. 1440\2010), o las usurarias, aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla, en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor”. (FJ. 3).

La regla contenida en el art. 1154 CC - “el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”-, podría ser otra vía de control de contenido de las condiciones generales en la contratación mercantil, si tenemos en cuenta que

20 STS 23 noviembre 2021 (RJ 2021, 5177)

21 Cfr. STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306), STS 18 enero 2017 (RJ 2017, 922), STS 20 de enero 2017 (RJ 2017, 926), STS 3 de julio 2018 (RJ 2018, 2797).

la cláusula sobre intereses moratorios es una modalidad de cláusulas penales con efectos indemnizatorios. Para ello, es imprescindible analizar las posiciones doctrinales y ver si en caso de abusividad o desproporcionalidad de los intereses moratorios procedería la reducción de los mismos, pues el retraso en este tipo de cláusulas viene siendo considerando un incumplimiento total, además de la distorsión que provocaría su aceptación con los principios de la autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*.

Igualmente, la buena fe, como criterio de integración de los contratos, (art. 1258 CC) y en art. 7. 2.º CC relacionado con el abuso de derecho o ejercicio antisocial, y la cláusula *rebus sic stantibus*²², han sido vinculados con la ineficacia o reducción de las cláusulas abusivas. No obstante, dada la imposibilidad de estudiar todas y cada una de las diferentes vías, solo me voy a referir a aquellas que podrían tener mayor viabilidad en nuestros tribunales en relación con la cláusula de los intereses moratorios y, todo ello, sin olvidar que el control de material o de contenido no está permitido en la contratación predispuesta entre empresarios²³.

I. Reducción de los intereses moratorios abusivos por la vía del art. 1154 CC.

Al ser la cláusula sobre intereses moratorios una modalidad cláusula penal con carácter sustitutivo o indemnizatorio²⁴, nos preguntamos si se podría realizar un control de contenido de la misma cuando estos fuesen abusivos o desproporcionados a través de la norma del art. 1154 CC²⁵.

- 22 De suma importancia es la nueva doctrina en torno a la aplicación e interpretación de la cláusula *rebus*, se puede consultar: CINTORA EGEA, M.ª C.: “Evolución en la aplicación de la cláusula *rebus* en tiempo de la Covid-19”, *Lex*, n.º 29, año XX-2022, pp. 183-195. GÓMEZ POMAR, F., y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J.: “Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español”, *InDret*, 1.2021, pp. 502-577. MARTÍN FUSTER, J.: “La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3 enero-junio, 2021, pp. 207-232. SAN MIGUEL PADRERA, L.P.: “La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos”, *Anuario de la Facultad de Derecho UAM, (extraordinario)*, 2021, pp. 39-61.
- 23 Sobre el tema es de sumo interés la STS 3 junio 2016, (RJ 2016, 2306).
- 24 STS 23 de noviembre 2021: “Es jurisprudencia de esta sala que los intereses moratorios son una modalidad de cláusula penal para las obligaciones dinerarias mediante la que la indemnización de daños y perjuicios se calcula de forma anticipada tal y como permiten los artículos 1152 y 56 del CCo (...), a su vez, como recordó la sentencia de pleno 530/2016, de 13 de septiembre. La posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía excedan extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente”, (FJ. 3), (RJ 2021, 5177).
- 25 MORENO MARTÍNEZ, J.A. señaló que el fundamento de este precepto se halla en el hecho de que las partes no han podido prever la cuantía de los daños posibles cuando el deudor cumpla solo en parte o cumpla irregularmente, imposibilitando el que se dicten normas de carácter general que puedan resolver estas situaciones. Ante este supuesto se delega al juzgador la misión de resolver el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que vienen a darse en él, basándose, como se infiere del art. 1154 CC, en criterios equitativos. No obstante, esta facultad viene a representar una excepción, pues como establece el art. 1091 del CC “Las obligaciones nacidas de los contratantes tiene fuerza de ley entre los contratantes”, en “Modificación judicial de la pena convencional artículo 1154 CC”, *Anales Facultad de Derecho*, 2007, pp. 137 CC.

Analizando la doctrina sobre la aplicación de la norma encontramos un sector que admite la reducción de la cláusula penal moratoria prevista para el incumplimiento del deudor, ya fuese total o parcial, siempre que la cuantía del resarcimiento que resulte de la aplicación de la cláusula penal pueda considerarse, por las circunstancias de ese concreto incumplimiento a que se aplica, desproporcionada o abusiva²⁶; y por contra, los que sostienen que no se puede sustentar un control para las cláusulas penales abusivas sobre la norma del art. 1154 CC, ya que éstas pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y el juez solo puede entrar a moderar cuando se trata de un incumplimiento parcial y fuera de la situación prevista por las partes en la cláusula penal²⁷, incluyendo en estos casos las llamadas cláusulas penales moratorias, pues el retraso aquí constituye un incumplimiento total²⁸.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial manifestar que, a pesar de que en un inicio se sostuvo una interpretación laxa en torno a la aplicación del art. 1154 CC a las cláusulas penales, hoy día contamos con una posición consolidada²⁹ destacando la STS Sala de lo Civil, 5 de julio de 2021³⁰, en la que se propugna una interpretación literal o restrictiva del citado precepto, afirmándose que el juez no está facultado para revisar o moderar la pena convencional cuando el incumplimiento de la obligacional es precisamente el previsto en dicha cláusula penal, aun cuando la cuantía de la pena haya resultado extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente sufrido, en tanto que la norma legal dispone que no cabe la moderación en caso de incumplimiento total o si en el incumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena³¹. A más, señala el Alto Tribunal: "...es reiterada jurisprudencia, basada en la potencialidad creadora del contenido contractual que a las partes brinda el artículo 1255 CC, así como derivada

26 Entre otros, JORDANO FRAGA, RODRIGUEZ TAPIA, PAGADOR LÓPEZ, citados por MATÓN PACÍN, M.ª N.: *Cláusulas*, cit. p. 301.

27 Entre otros MORENO MARTÍNEZ, J.A: "...hay que volver a resaltar la importancia de la autonomía de la voluntad que el art. 1255 viene a proclamar, y en este sentido estimar que las partes, haciendo uso de tal facultad, establecieron una pena para el caso previsto por ellas (que se produzca el incumplimiento total), independiente de si realmente se han producido daños...", en "Modificación", cit., p. 135.

28 SAP Málaga 13 noviembre 2008 " 2.- La aplicación rigurosa del art. 1154 CC, conforme a la jurisprudencia citada, nos llevaría en principio a apreciar la improcedencia de la moderación de la cláusula penal pactada por las partes en el contrato de préstamo de autos, al no darse el supuesto de hecho previsto en la norma (cumplimiento parcial o irregular) al que se supedita la actuación de la facultad moderadora atribuida a los tribunales; dado que la conducta de la deudora constituye un incumplimiento total de la obligación.." (F. I). (Roj: SAP MA 167, 2008- ECLI:ES: APMA: 2008:1671).

29 SSTS 29 diciembre 2009 (RJ 2010, 406), 31 marzo 2010 (RJ 2010, 4032), 17 enero 2012 (RJ 2012, 287), 12 marzo 2019 (RJ 2019, 933), 17 julio 2020 (RJ 2020, 2514), 12 abril 2012 (RJ 2012, 5893). Para un análisis de la Jurisprudencia, véase MORENO MARTÍNEZ, J.A: "Modificación", cit., pp. 136 y 138.

30 RJ 2021, 13266. En el mismo sentido, STS, Sala de lo civil, 12 de julio de 2011, (RJ 2011, 512)

31 En relación a la interpretación de la sentencia FUENTES-LOJO RIUS, A., afirma que "no hay que estar a la proporcionalidad entre el importe de la pena y el de los daños y perjuicios causados, sino en la proporcionalidad entre la pena y el grado de cumplimiento de la obligación. No se trata de moderar una pena excesivamente elevada, sino de reducirla en proporción a lo cumplido de la obligación principal", "Análisis crítico de la doctrina de la DGRN sobre la validez cláusulas de renuncia a la moderación de la cláusula penal", <https://elderecho.com/analisis-critico-de-la-doctrina-de-la-dgrn-sobre-la-validez-de-clausulas-de-renuncia-a-la-moderacion-de-la-clausula-penal>.

del efecto vinculante de la *lex privata* del artículo 1091 del referido texto legal, que consagra el principio *pacta sunt servada*, la que rechaza la moderación, cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento total, o incluso parcial o deficiente de la prestación que se hubiera producido; casos en los que no puede aplicarse la facultad judicial del artículo 1154 del CC siempre que se produzca la infracción prevista para tales supuestos...”.³²

Ilustrativa es la STS 13 septiembre 2016 sobre la inaplicación del art. 1154 CC a la cláusula penal moratoria al afirmar que “(...) la norma del art. 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado (...). “En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre, “el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (...) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (...) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (...). En el mismo sentido, la 61/2009, de 19 de febrero, según la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (...). Bien conoce esta Sala que en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General del Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, se contiene un artículo 1150 con el siguiente tenor: El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido. (...) Ahora bien, mientras el legislador no tenga conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta sala debe mantener la jurisprudencia reseñada”³³.

32 Doctrina recogida por la jurisprudencia menor, AAP Tarragona 27 mayo 2014 “Al no reunir la mercantil demandada el carácter de consumidor final, y no poderse tampoco aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 del CC habida cuenta de que lo que sanciona con dicho interés moratorio es la falta de pago imputable al deudor, teniendo declarado la STS de 29-11-1997 que no es aplicable la citada facultad moderadora del artículo 1154 CC en los supuestos de incumplimiento de la obligación, no de mero retraso en el pago (AAP Tarragona, sección tercera, 20-10-2005), debe examinarse si resulta de aplicación al contrato suscrito por las partes litigantes en fecha de 10 de noviembre de 2003 la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación...”. (AC 2014, 1957). En el mismo sentido también se puede consultar SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 2384050); SAP Murcia 14 junio 2011 (JUR 2011, 265991).

33 (RJ 2016, 4107). Sobre esta sentencia, es interesante el estudio realizado por GÓMEZ LAZÓN y las observancias sobre la misma. En sus conclusiones, señala que “se trata, sin duda de una sentencia con numerosos aspectos técnicos jurídicos, pero también de metodología y filosofía jurídica merecedores de consideración. (...). En el de la metodología jurídica podríamos destacar tres cuestiones: Por un lado, el hecho de que existiendo ya una doctrina consolidada sobre la cuestión de la moderación de la pena, la Sala defiende que sí se puede moderar la pena en caso de desproporción, pretendiendo que con ello no varía su criterio anterior; por otro, que realice estas consideraciones a modo de reflexión académica, para a continuación rechazar su aplicación; pero generando con ello una doctrina novedosa y preocupante, que manifiesta en el futuro segura”, en “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2016 (530/2016). <https://vlex.es/vid/comentario-sentencia-tribunal-supremo-714249749>. pp. 84-85. El AAP Tarragona 27

Sin embargo, la STS 23 noviembre 2021³⁴, rechazó la moderación de la cláusula de intereses moratorios no por la improcedencia de la aplicación del art. 1154 CC, sino porque la prestataria no llegó a probar que la cláusula de los intereses moratorios fuera totalmente desproporcionada en relación con el incumplimiento o extraordinariamente inadecuada a las circunstancias del caso: “La misma sentencia de pleno trató las cláusulas penales como mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, como la cláusula de intereses moratorios, que ahora nos ocupa, cuya moderación por aplicación analógica del art. 1154 resultaría admisible cuando la diferencia entre el daño producido por el incumplimiento y la cuantía de la pena convencional fuera tan extraordinariamente elevada, que debiera atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisibles al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se hubiera separado de manera radical en la entidad cuantitativa de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Pero dejando claro que la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causada al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que mantenga esa pretensión. Y en todo caso, lo que procedería es la moderación de la indemnización punitiva, no su absoluta exclusión (...), además, debemos insistir, lo que debería haber postulado la demandante, en su caso, hubiera sido la moderación de las cláusulas de intereses moratorios -en las circunstancias excepcionales antes expuesta- pero no su nulidad, puesto que ni le resulta aplicable la legislación tuitiva de consumidores, ni ha negado la realidad del incumplimiento contractual que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados”.

Por tanto, podemos afirmar que el art. 1154 CC no es un mecanismo apto para moderar las cláusulas penales moratorias, como control de contenido de las condiciones generales en la contratación entre empresarios dado que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia consideran que el retraso constituye un incumplimiento total del contrato, además de que la reducción de los intereses moratorios por parte de juzgador distorsionaría el principio de la autonomía de la voluntad y el principio *pacta sunt servanda*, al incurrirse en la irregularidad sancionada con la cláusula penal³⁵.

mayo 2014 (AC 2014. 1957), recoge doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de aplicar el artículo 1154 del CC para el control de abusividad de los intereses moratorios cuando el prestatario no es un consumidor, así como el reducirlos a través de la normativa tuitiva de los consumidores.

34 (RJ 2021, 5177).

35 Interesante son unas palabras de DIEZ PICAZO, L.: “Convendría irnos purgando, ir purgando a nuestros Tribunales, ir purgando a nuestros colegas de ese larvado anticontractualismo que anda por ahí (...) y aconsejarles que no es un buen camino a aplicar (...) inyecciones de equidad contractual. Si las partes lo han querido, y esa es su voluntad sin que haya que aplicar equidad contractual”, citado por GÓMEZ LAZÓN, I.: “Comentario”, cit., p. 85.

2. La buena fe del art. 1258 CC como control de contenido de la cláusula de intereses moratorios.

Al principio de buena fe del art. 1258 CC se le atribuyen funciones de interpretación y de integración, y dentro de estas últimas la posibilidad de imponer a las partes contratantes ciertos deberes accesorios con independencia de que hubieran sido pactados expresamente, e incluso en contra de la voluntad de aquéllos. Sobre esta idea, la doctrina se ha cuestionado si al margen de la voluntad de los contratantes se puede poner en duda la validez de aquellos pactos que contravengan este principio y, en concreto, en el ámbito de la contratación predispuesta entre empresarios³⁶. Es decir, atendiendo al principio de buena fe como mecanismo de control de contenido de las condiciones generales se puede realizar una injerencia positiva en el contrato con el objetivo de la moderación o ineficacia del contenido de una cláusula que podría ser considerada abusiva, que en nuestro caso sería la de los intereses moratorios.

Esta idea de vincular la buena fe con el control material o de contenido de las condiciones generales la sostuvo DE CASTRO al afirmar que “en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas, en cuanto lo sean contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho”³⁷. Postura que ha sido compartida, entre otros, como MATO PACÍN al considera que, dado su carácter imperativo, su versatilidad y su faceta como mecanismo para adaptar el Derecho a la cambiante realidad social convierten a la buena fe del art. 1258 CC en el candidato ideal para representar un límite al contenido de los contratos mediante condiciones generales concertados entre empresarios³⁸. Además, el hecho de que el precepto recoja, en principio, una regla de integración del contenido del contrato y no de nulidad del mismo, no impide que alguna de las consecuencias de su aplicación conlleve un efecto de mayor alcance, dándose una respuesta satisfactoria a la abusividad mediante condiciones generales en la contratación mercantil.³⁹

36 MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: señaló que “Este precepto tiene una clara función integradora del contenido contractual. La buena fe aquí impone contenidos contractuales no pactados expresamente. No se trata de una interpretación de la voluntad, si solamente de una reconstrucción conforme a una hipótesis sobre esa voluntad que no ha sido expresada, sino de normas objetivas que incluso se imponen a la voluntad de una de las partes (...). Esta concepción de la integración contractual presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82. No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente), y opinión compartida por MATO PACÍN, M^a. N., *Cláusula*, cit. 404.

37 DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho civil*, 1961, pp. 323 y 331.

38 MATO PACÍN, M^a. N.: *Cláusula*, cit., p. 407. Y, ALBIEZ DORHMANN., K.J: “La protección”, p. 218.

39 Según la autora, estaríamos ante un desarrollo del Derecho *extra legem* -rebasaría la función integrativa propia de este precepto- pero *intra ius*- se mantendría dentro del marco del Ordenamiento jurídico y de su principio, “Cláusulas abusivas”, cit., p. 419. De la misma opinión es MIQUEL GONZÁLEZ al considerar que esta idea de desarrollo de la buena fe del artículo permite construir un puente entre la función integradora del

Desde esta perspectiva parte de la doctrina mantiene que un contrato no negociado en el que la voluntad de las partes se diluye -en el sentido de que se sustituye en cierto modo por la sola voluntad del predisponente- es difícil sostener la afirmación de que una cláusula que sea contraria a la buena fe sea válida por encima de este principio, considerando que cuando se afirma que el hecho de que el contrato obligue a “lo conforme a la buena fe” pasa de tener un sentido integrativo a implicar un límite en los contratos fruto de un déficit de la autonomía de la voluntad.

La jurisprudencia es partidaria de una injerencia mínima del Derecho en la vida contractual. No obstante, en la STS 8 abril 2011 la buena fe del art. 1258 CC ha sido entendida como límite a la autonomía de la voluntad, al señalar: “sin duda, lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se recoge en el art. 1255 del Código civil, ahora bien, este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos -art. 1258 CC- (...)”⁴⁰. Por tanto, la buena fe del art. 1258 CC nos permite considerarla un mecanismo de control para adaptar la normativa a la realidad cambiante atendiendo con ello a las necesidades de cada momento y siendo, a su vez, un freno a los desequilibrios en las prestaciones entre empresarios cuando existen condiciones generales⁴¹.

Otra de las resoluciones de referencia es la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 3 junio 2016⁴² en la que se afirmó: “ 1.- Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 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

percepto y una función del control de contenido, dando con ello cumplimiento a la remisión a las normas generales del legislador en la EM de la LCGC, “Cláusula abusiva”, citado por la autora, p. 421.

40 (RJ 2011, 3153).

41 En el mismo sentido la STS 7 noviembre 2017 “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 artículo 1258 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)...”. (RJ 2016, 2306). Y, STS 30 abril 2015, (RJ 2015, 2019).

42 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306).

que suponen un desequilibrio de la posición contractual del 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). 2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“Comisión Lando”), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de las 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. 4:1101); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que “concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible”, ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación”. (FJ.5)⁴³.

No obstante, y a pesar de contar con resoluciones judiciales en las que se intenta paliar los abusos mediante condiciones generales en la contratación mercantil, a través de la noción de la buena fe objetiva del art. 1258 CC⁴⁴, no existe un desarrollo normativo ni jurisprudencial que permita de forma clara determinarla como límite a lo pactado en la contratación predispuesta entre empresarios. De todas formas, es compartido que en materia contractual la buena fe obliga a un comportamiento conforme a lo esperable y a considerar los intereses legítimos de la contraparte, por lo que no pueden admitirse cláusulas que hagan perder la

43 Otra resolución judicial de referencia fue la SAP Salamanca 30 diciembre 2010. En ella se configura de forma expresa la buena fe del artículo 1258 CC como verdadero control de contenido al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios, aportando como criterios para determinar la contrariedad con el principio: la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente, la ajeneidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente y la transparencia en la predisposición de las condiciones generales. Se trataba de un contrato de mediación inmobiliaria para el traspaso de un local de negocio. La cláusula controvertida dispone que, en caso de que la parte adquirente se volviera atrás la señal (arras penitenciales) será repartida entre la parte cedente y la inmobiliaria. El fallo determina que no hay duda de la validez de la misma sin que pueda, para valorar el aspecto, aplicársele la normativa sobre consumo. Sin embargo, lo realmente trascendental es que configura de forma expresa y sin ambages la buena fe contenida en el art. 1258 CC como verdadero control de contenido específico al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios e incluso aporta una serie de criterios a tener en cuenta. “Lo correcto será someter las condiciones generales del contrato realizado entre tales empresarios, no al control del TRLC, que no les es aplicable, sino a un control de contenido específico de conformidad a la buena fe del artículo 1258, siguiendo la sugerencia de la EM de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, control en el cual se valorarán, entre otras circunstancias, si se ha generado el contrato en el ámbito de la actividad habitual del empresario adherente”. (JUR 2011, 68753)

44 STS 26 mayo 1986 (RJ 1986, 2823), y SAP León 29 abril 2004 (JUR 2004, 186010)

virtualidad al contrato como mecanismo para alcanzar la finalidad común que los contratantes perseguían⁴⁵.

A su vez, es opinión compartida que para que proceda un control de contenido de las condiciones generales entre empresarios tendrán que darse los presupuestos de falta de transparencia y de equilibrio, valoradas a la luz de la posición del adherente empresario. Considerando la transparencia en la contratación mercantil como el nivel de entendimiento y de experiencia contractual empresarial, evitando con ello tratar con la misma exigencia a todos los empresarios⁴⁶. Por ello, la buena fe junto con el deber de transparencia obliga a considerar los intereses legítimos de la contraparte y a buscar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; Y, en esta búsqueda por una interpretación del contrato en favor de una mayor reciprocidad de intereses -art. 1289 del CC-, se considera al Derecho dispositivo como mejor representación de la regulación normal y de resultado de una ponderación cuidadosa de los intereses de las partes⁴⁷.

Podría pensarse que el art. 8. 1.º LCGC excluye la posibilidad de erigir en límite de la autonomía de la voluntad en la contratación entre empresarios al Derecho dispositivo en general -se reduce a la contradicción con las normas imperativas o prohibitivas la posibilidad de declarar nula una condición general-. Sin embargo, se ha venido considerando por algún sector doctrinal que las normas dispositivas sí que pueden cumplir la función de referencia o modelo respecto del que hay que

45 DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según nos dice, en la consideración de que respecto a los efectos del contrato (art. 1258 CC), "en la determinación de estos efectos podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación", e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación...en "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil*, 1961, p. 326

46 SAP Madrid 8 junio 2021: "... para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros..." (JUR 2021, 362740).

47 Idea sostenida por DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal, señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvían del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato", en "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1982, pp. 1059-1061.

valorar si la desviación que supone la cláusula predispuesta puede ser contraria a la buena fe y, por tanto, ineficaz (art. 1258 CC)⁴⁸.

Centrándonos en la contratación entre empresarios habrá que evaluar el distanciamiento de una cláusula predispuesta respecto del modelo establecido por el legislador junto con la existencia de un desequilibrio, como presupuestos de necesidad de control de contenido. Así, se entiende que, a mayor vinculación con el sector en el que se enmarque el contrato y, especialmente a mayor independencia o fuerza del adherente respecto del predisponente, menor será la intensidad de control a aplicar y, por tanto, más irrelevante que lo que pactado se aparte del modelo del Derecho dispositivo. Por tanto, si tenemos en cuenta estos presupuestos, a través de la buena fe del art. 1258 CC se podría dejar sin validez aquellas cláusulas que representan un desequilibrio de obligaciones y derechos en perjuicio del empresario adherente, y para que las que el derecho imperativo no supone un límite. Aceptadas estas consideraciones, una de estas cláusulas podría ser las indemnizaciones por incumplimiento desproporcionadas -intereses moratorios-, dado que la función que subyace en la indemnización en caso de incumplimiento de obligaciones es colocar al acreedor en las misma posición que tendría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito, de tal modo que imponer una cuantía que, sin justificación alguna, exceda por mucho de la que razonablemente representaría las consecuencias del incumplimiento, supone aprovechar la posición contractual para desvirtuar la figura a favor exclusivamente del predisponente en perjuicio del adherente⁴⁹.

Ahora bien, admitido el principio de buena fe como norma de control de contenido, necesitamos concretar las consecuencias derivadas del recurso. Analizando la jurisprudencia podemos observar que algunas resoluciones

48 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Ha de buscarse la norma aplicable en defecto de pacto, esto es, la norma dispositiva que la cláusula cuestionada haya excluido de aplicación. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es con la que hay que comparar el equilibrio de derecho y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable a condiciones contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de los partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del Derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone límites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales de contratos entre empresarios y consumidores", en "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013, pp. 223-252; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Desde hace tiempo, algunos juristas venimos reclamando que el control de "abusividad" material se extienda también a las cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios mediante la inserción de una cláusula general de buena fe. Al menos hasta ahora el artículo 1258 CC ha resultado totalmente infructuoso como norma de control material de cláusulas en los contratos de adhesión entre empresarios", en "La protección", cit. p. 17.

49 MATO PACÍN, analizando el párrafo 3.º del artículo 1262 de la Propuesta de Modernización, considera que hay tres supuestos en los que a su juicio podrían tener encaje en este control a través del art. 1258 CC: a) las cláusulas que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente (letra e), b) las que impongan al adherente que no cumplan sus obligaciones una indemnización desproporcionada (letra h); c) las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual", cit., p. 436.

tienden a moderar la cláusula contraria a la buena fe sin declararla nula -cláusulas penales⁵⁰, mientras que en otros casos se declara su ineficacia, cuestionándose si lo que procede es la integración de la cláusula o su eliminación sin posibilidad de reemplazo⁵¹.

En el ámbito de los contratos con consumidores la respuesta es clara: el juez no puede alterar el contenido de una cláusula que ha sido declarada abusiva, es decir, no cabe la denominada reducción conservadora de la validez, sino que tiene que limitarse a dejarla sin aplicación⁵². Sin embargo, en la contratación mercantil se ha podido constatar que en el caso de los intereses moratorios tanto la doctrina como la jurisprudencia ha considerado que no es lo mismo moderar que integrar dejando actuar las normas del derecho dispositivo, -art. 1108 CC, interés legal- como reflejo de la composición de intereses más adecuada en defecto de voluntad⁵³. Así MIQUEL GONZÁLEZ señala que hay que proceder a integrar cuando algo que las partes debían regular, según la lógica, no está regulado. Por ejemplo, si la cláusula de intereses moratorios se elimina por abusiva, como la regla contractual tiene que regular qué pasa cuando no se paga, se estaría con el art. 1108 CC. Si, por el contrario, lo abusivo es la imposición del pago de un impuesto que no era necesario que se regulara, se suprime la cláusula y no existe referencia

- 50 SAP Córdoba 12 noviembre 2013 (JUR 2014, 11620). SAP Murcia 20 mayo 2010: "Pero es lo cierto, sin embargo, como señala la doctrina, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1258 del CC, cabría integrar también aquellos casos en los que la pena sea desproporcionada operando entonces también la facultad de moderación o reducción de la misma en cuanto también sería una consecuencia del contrato y la buena fe contractual. De ahí por tanto que si bien la citada cláusula penal deba entenderse válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es también cierto que ha de considerarse igualmente generadora de desequilibrio entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada hasta el extremo de afirmar que ha sido redactada en interés exclusivo de la actora al no contener el contrato norma alguna equivalente para el caso de incumplimiento de la mercantil actora suministradora de las máquinas recreativas. Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil, la moderación de la pena contenida en la sentencia a instancia debe conceptuarse correcta y acertada, pues sin duda ese desequilibrio contractual y la desproporción de la pena, pugna con el principio de la buena fe que proclama el artículo 1250 del CC". (FJ.4). (JUR 2010, 238450). SAP Murcia 14 de junio 2011 (JUR 2011, 2655991).
- 51 P.e. STS 7 noviembre 2017 "...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 849/1966, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril)", Aprovechando esta misma resolución de nuestro Alto Tribunal y abundado en la buena fe, señala que "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 supone un desequilibrio de la posición contractual del adherente". (RJ 2017, 4763).
- 52 STS 22 abril 2015: " 4.- "La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de la cláusula es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor...". (FJ. 6). (RJ 2015, 1360); y, STJUE 14 junio 2012 (asunto C-618/10). ECLI:EU:2012:348.
- 53 STS 15 febrero 2012 (RJ 2012\2043). ALFARO ÁGUILA-REAL, J., en relación a la nulidad de una condición general predispuesta, en este caso sobre intereses moratorios, considera que debe sustituirse *in totum* por la norma legal supletoria, esto es, por el art. 1108 CC- 316 CC, y por tanto, por el interés legal", en "La sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios", <https://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios>

alguna a ello.⁵⁴ Y, a MATO PACÍN le parece más adecuada la ineficacia frente a una moderación, pues declarar la ineficacia de la cláusula impuesta contraria a la buena fe es integrar ese vacío, en su caso, recurriendo al derecho dispositivo que cumple la función de control de abusos en contratos en los que existe una plena autonomía bilateral de la voluntad. La nulidad, según la autora, conllevará en ocasiones a integrar el contrato mediante las fuentes generales de integración y en otras simplemente por su configuración implicará suprimir la facultad que se había reservado el predisponente o eliminar algunas limitaciones impuestas al adherente. Así, ante la supresión de la cláusula de intereses moratorios contraria a la buena fe entraría en juego el art. 1108 CC, -el interés legal.

Interesante la sentencia de la SAP Córdoba 12 noviembre 2013 que determina el carácter abusivo y nulidad de la cláusula de los intereses moratorios en un contrato de adhesión entre una importante entidad financiera y una pequeña empresa por alterar el justo equilibrio entre las prestaciones y ser contraria a la buena fe, estableciendo la moderación de la cláusula : "...Mejor suerte ha de correr el alegato relativo a los intereses moratorios, pues si bien no es aplicable -como ya ha quedado dicho-la normativa sobre consumidores y usuarios invocada en el recurso de apelación, ya hemos adelantado que la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación no impide que pueda tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento y equilibrio contractual. Y en el presente caso, teniendo en cuenta cuál era el interés legal en el año 2011 (4%), un interés moratorio del 24% constituye la imposición en un contrato de adhesión entre una importante entidad financiera y una pequeña empresa de una condición general que altera el justo equilibrio entre las prestaciones y es contraria a la buena fe. Por lo que debe ser la moderación el tipo que el legislador ha considerado últimamente como referencia de interés abusivo (el triple del interés legal), en aplicación analógica de la Ley 1/2013⁵⁵.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Al igual que los consumidores, los empresarios están sometidos en la contratación a condiciones generales que podrían considerarse abusivas cuando se produce una desproporcionalidad o desequilibrio entre las prestaciones. Es por ello que el sector empresarial viene demandado mayor protección tanto en el ámbito judicial como en el legislativo, al considerarse en situación de vulnerabilidad frente a los grandes empresarios - el sector bancario y financiero-.

54 MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Cláusulas abusiva". Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014; citado por MATO PACÍN, M.ª N., "Cláusulas", cit., p. 440.

55 (JUR 2014, 11620). También a modo de ejemplo se pueden consultar las SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 238450), y SAP Murcia 14 junio 2011 (JUR 2011, 265991), en la que establece la moderación de cláusula penal en contrato de adhesión entre empresarios por considerarla excesiva y generadora de un desequilibrio entre los contratantes, sobre la base del principio de buena fe del artículo 1258 CC.

Como se ha manifestado, las condiciones generales predispuestas entre empresarios quedan fuera del control de contenido o juicio de abusividad, sin perjuicio del control de incorporación que se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no⁵⁶. Sin embargo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del pequeño empresario se buscan alternativas que permitan la ineficacia o nulidad de aquellas cláusulas que puedan considerarse desproporcionadas o abusivas, como es el caso de la cláusula de intereses moratorios.

Esta apertura hacia una mayor protección del empresario vulnerable se ha podido observar en algunas resoluciones judiciales en las que la conocida cláusula suelo establecida en los contratos de préstamo hipotecario por empresarios se ha considerado abusiva tras someterse al control de transparencia cualificado. Por ello, nos hemos planteado la posibilidad de que la cláusula sobre intereses moratorios establecida en la contratación mercantil pueda considerarse abusiva cuando de sus términos se pueda vislumbrar una desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes contraria a la buena fe, consecuencia del abuso de posición dominante de la parte predisponente.⁵⁷

Tras el análisis de las diferentes vías de protección que nos podría proporcionar el Ordenamiento jurídico, hemos considerado que el cauce más adecuado para lograr un control de contenido es sobre la base del principio de la buena fe del art. 1258 CC, pues a través del mismo se podrían frenar los desequilibrios entre las prestaciones de los empresarios cuando, como en el caso de los intereses moratorios, estos se consideran abusivos. Además, con la ineficacia de la cláusula sobre intereses moratorios, se podría integrar el contrato a través de la norma del art. 1108 CC -interés general del dinero-, obteniendo con ello una reducción conservadora del contrato.

En conclusión, ante la ausencia de una normativa expresa que regule la abusividad de cláusulas entre contratantes empresarios, especialmente cuando

56 STS 9 de mayo 2013 "Las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúne los requisitos de incorporación, tiene, 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 artículo 1255 CC y en especial las normas imperativas como recuerda el art. 8.1 LCGC..". (RJ 2013, 3088).

57 SÁNCHEZ RUIZ VALDIVIA, I.: "la mala fe con la que, a veces han actuado las entidades financieras, en calidad de predisponentes de la contratación seriada han actuado frente a consumidores, autónomos y empresarios. Siempre he defendido que el control de transparencia creado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por vía judicial, debe ser analizado con criterios objetivos que lleven a valorar al juez (de oficio, en el caso de un adherente-empresarios), y a instancia de parte (en el caso de un adherente-empresario, si es que se le hubiera dado (que no) la oportunidad de reclamar este cauce judicial) para que valore si el predisponente/entidad/el prestamista/ facilitó toda la información precontractual y contractual necesaria de cara a que la contratación resulte transparente no solo en el conocimiento/transparencia/formal/ incorporación (que es lo único que se les ha reconocido a los autónomos y Pyme) sino en el entendimiento/ la comprensión/trasparencia/ material a cerca de la carga y coste económico y jurídico que comporta el contrato...", en *Abusividad*, p. 28.

exista desproporción entre ambos a nivel de formación y conocimientos jurídicos y financieros, deberían ser los tribunales los que atendiendo al caso concreto valorasen estas circunstancias, permitiéndoles moderar la cláusulas de intereses moratorios desorbitada en base al principio de la buena fe como límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. CAÑIZARES LASO, coord. L. ZUMAQUERO GIL), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ACHÓN BRUÑEN, M.^a J.: "La problemática de los intereses remuneratorios y moratorios en las escrituras de hipoteca", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 5, julio-diciembre 2014, pp. 59-77.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "La sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios", <https://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios>.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada. Al hilo de las SSTs de 18 de enero de 2017 (RJ 2017, 602) y de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017, 55055), entre otras, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, pp. 1-9.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "La protección de los empresarios en la Proposición de Ley "De impulso de la transparencia en la contratación predispuesta". Una solución a medias", *Revista Lex Mercatoria*, (2018), n.º 81, pp. 1-21.

CAÑIZARES LASO, A.: "Comentario al artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. CAÑIZARES LASO, coord. L. ZUMAQUERO GIL), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1181-1194.

CINTORA EGEA, M.^a C.: "Evolución en la aplicación de la cláusula rebus en tiempo de la Covid-19", *Lex*, n.º 29, año XX-2022, pp. 183-195.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil*, (1961), pp. 295- 342.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1982, pp. 987-1085.

FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Análisis crítico de la doctrina de la DGRN sobre la validez cláusulas de renuncia a la moderación de la cláusula penal", <https://elderecho.com/analisis-critico-de-la-doctrina-de-la-dgrn-sobre-la-validez-de-clausulas-de-renuncia-a-la-moderacion-de-la-clausula-penal>.

GOMÁ LANZÓN, I.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2016 (530/2016). <https://vlex.es/vid/comentario-sentencia-tribunal-supremo-714249749>.

GÓMEZ POMAR, F., Y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J.: "Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español", *InDret*, 1.2021, pp. 502-577.

MATO PACÍN, M.^a N.: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, ed. Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017.

MARTÍN FUSTER, J.: "La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?", *Revista de Estudios Jurídicos y criminológicos*, n.º 3 enero-junio, 2021, pp. 207-232.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a: "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013-I, pp. 223-252.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a: "Cláusulas abusiva", Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014.

MORENO MARTÍNEZ, J.A.: "Modificación judicial de la pena convencional artículo 1154 CC", *Anales Facultad de Derecho*, 2007, pp. 133-144.

SÁNCHEZ RUIZ VALDIVIA, I.: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y también, con autónomos y empresarios (pymes)*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

SAN MIGUEL PADRERA, L.P.: "La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de la Facultad de Derecho UAM*, (extraordinario), 2021, pp. 39-61.

