

2. DERECHO MERCANTIL

Demandas de nulidad de cláusulas suelo en contratos entre autónomos o pequeños empresarios y entidades financieras

Nullity demands of floor clause in contracts between freelancers or small entrepreneurs and financial institutions

por

ALBA PAÑOS PÉREZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Almería*

RESUMEN: La exclusión de la protección frente a cláusulas abusivas cuando nos encontramos con un autónomo o pequeño empresario, actuando fuera de su ámbito profesional y careciendo de la capacidad económica y la fuerza negociadora de las grandes empresas frente a las entidades bancarias que, por ejemplo, solicita un préstamo con garantía hipotecaria para poder ejercer su actividad empresarial y firma un contrato con condiciones abusivas, no tendría justificación legal. Y es que la normativa existente en nuestro Ordenamiento no prohíbe expresamente una interpretación extensiva del control de transparencia (consolidado como comprensibilidad real del clausurado) a la contratación entre empresarios. Por tanto, en aras de la seguridad jurídica y de la protección al adherente que garantiza nuestra legislación, la parte más débil del contrato bajo condiciones generales, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este sector del tráfico jurídico patrimonial, deben erradicarse las cláusulas abusivas en la contratación bajo condiciones generales. En definitiva, defendemos la total legitimidad de autónomos y pequeños empresarios, como meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad financiera, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero.

ABSTRACT: *The exclusion of the protection against abusiveness clauses when there is a freelancer or small entrepreneur acting outside of his professional field and lacking his economic capacity, in addition to the strength in negotiation of the large enterprises facing the banks entities, would not have a legal justification. We can find it, for instance, when the freelancer or small entrepreneurs request a loan with mortgage guarantee in order to be able to practice their corporate activities and they sign a contract with abusiveness conditions. The regulation in our legal system do not forbid an extensive interpretation of the transparency control (consolidated as real comprehensibility of the contract's terms) to the contracting between entrepreneurs. There for, in the interest of the juridic security and the adherent protection, that is guaranteed by our legislation (the weakest part of the contract under general*

conditions), as well as the defense and balance of every goods and juridic interests concurrent in the sector of patrimonial juridic traffic, the abusiveness clauses should be eradicated in the contracting under general conditions. On balance, we defend the whole legitimacy of freelancers and small entrepreneurs, as adherents in contractual clauses predisposed by the financial institutions to require the judicial protection of their rights against the financial sector's abuses.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia. Empresario.

KEY WORDS: *Mortgage loans. «Floor clause». Transparency control. Entrepreneur.*

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. DELIMITACIÓN DEL SUJETO PROTEGIDO.—III. APLICACIÓN DEL ACTUAL CONTROL DE TRANSPARENCIA A LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS.—IV. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.—V. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Es una realidad innegable el abuso de una posición dominante por parte de las entidades bancarias frente a todo tipo de consumidores de préstamos, se dediquen estos directamente al consumo o a actividades profesionales. La ineficacia de las cláusulas no transparentes o abusivas debería declararse también en los supuestos en los que el prestatario, aunque consumidor de productos bancarios, no destina el préstamo al consumo o a la adquisición de una vivienda, sino a una actividad profesional o mercantil de pequeña o media envergadura, situación que concurre en infinidad de ciudadanos españoles, que carecen de la fuerza negociadora de las grandes empresas¹.

Cabe señalar que la cláusula a la que dedicamos este estudio, la conocida como «cláusula suelo», tiene enorme trascendencia social y económica, por cuanto se incorpora a los contratos de préstamo hipotecario, que no solo constituyen el medio de financiación mayoritario de la adquisición de una vivienda en España sino también la única vía que autónomos y pequeños empresarios tienen para ejercer su actividad profesional. Esta realidad sociológica implica una mayor necesidad de equilibrar y de asegurar la protección de todo tipo de consumidores frente a las cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales que tienen por objeto bienes e intereses jurídicos especialmente protegidos en este sector del tráfico patrimonial.

También ha de tenerse en consideración la complejidad que para el consumidor medio presenta la comprensión del contenido de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y muy especialmente de la cláusula de limitación en la variación del tipo de interés del préstamo hipotecario. Igualmente complicado resulta para un profesional ajeno al ámbito de la contratación de productos o servicios financieros, al que no puede presuponerse un especial conocimiento del sector ni se le debería exigir una diligencia superior. De manera que lo relevante en este tipo de procedimientos, que actualmente están colapsando nuestros

Tribunales, tanto de lo Mercantil como de Primera Instancia (dejando aparte el tema de la competencia, que rebasaría con creces el objeto de este estudio), es la consideración del carácter abusivo de una cláusula que limita el tipo de interés, pudiendo ser esta perfectamente declarada como abusiva incluso aunque se haya consentido con pleno conocimiento de su existencia y no de manera inadvertida, como suele ocurrir, su inclusión en el contrato.

No tiene justificación legal la exclusión de la protección frente a cláusulas abusivas cuando nos encontramos con un autónomo o pequeño empresario, actuando fuera de su ámbito profesional (sin conocimientos o experiencia profesional destacable en el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros) que, por ejemplo, solicita un préstamo con garantía hipotecaria para poder ejercer su actividad empresarial y firma un contrato con condiciones abusivas. Y es que, como veremos a lo largo de este trabajo, la normativa existente en nuestro Ordenamiento no prohíbe expresamente una interpretación extensiva del control de transparencia (consolidado respecto a los consumidores como comprensibilidad real del clausurado²) a la contratación entre empresarios.

Por tanto, en aras de la seguridad jurídica y de la necesaria protección al adherente, la parte más débil del contrato bajo condiciones generales, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este sector del tráfico jurídico patrimonial, deben erradicarse las cláusulas abusivas en la contratación bajo condiciones generales pues, en palabras del magistrado ORDUÑA MORENO³ «la cláusula abusiva constituye, *per se*, el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial».

II. DELIMITACIÓN DEL SUJETO PROTEGIDO

No podemos afirmar que cualquier profesional, por el mero hecho de serlo, se encuentre en una situación más ventajosa o de superioridad respecto al simple consumidor en razón de conocimientos técnicos y de mercado, de las informaciones de que dispone y de sus capacidades financieras. No es lo mismo una gran empresa, con amplios conocimientos de mercado y a la que se supone un perfecto asesoramiento legal y financiero, que los casos en que el profesional es un autónomo, o un pequeño o mediano empresario, con nula capacidad de presión y negociación frente a una entidad bancaria y que actúa fuera del ámbito de su profesión. En estos supuestos, entendemos que el prestatario profesional requiere protección como mero adherente en un ámbito negocial que excluya la abusividad.

Tal y como expone BOTANA GARCÍA (2016)⁴, en esta situación se encontrarían, por ejemplo, el abogado que adquiere un ordenador para su despacho o el empresario que adquiere un programa informático para llevar la contabilidad de su empresa. En el mismo sentido, el magistrado ORDUÑA MORENO⁵ ilustra la fundamentación de su Voto Particular con un didáctico ejemplo: «Pensemos, por un momento, que Basilio y Emiliano son hermanos, sin conocimientos o experiencia profesional destacable en el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros. Dichos hermanos, en 2008, se plantean solicitar, cada uno de ellos y a título personal, un préstamo bancario para cubrir necesidades principales que afectan a sus respectivos intereses. En el caso de Basilio, para iniciar su actividad profesional, como empresario autónomo, y conseguir financiación para la adquisición e instalación de un kiosco de prensa, por lo que pretende

solicitar un préstamo de 50.000 euros. En el caso de Emiliano, para adquirir su vivienda habitual, por lo que pretende solicitar un préstamo de 200.000 euros. En ambos casos acuden a la misma entidad financiera siendo atendidos por la misma persona y recibiendo idéntica información. Por lo que al final de estos tratos preliminares suscriben sendos contratos de préstamo, que incluyen una cláusula suelo, más la respectiva garantía hipotecaria, y un contrato *swap* para la cobertura de la posible fluctuación de intereses, de los que no reciben una información comprensible por la entidad bancaria. Pues bien, en el plano de las consecuencias prácticas señaladas, la aplicación de la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia de la Sala solamente va a permitir la aplicación del control de transparencia y, por tanto, la protección que se deriva de dicho control, a uno solo de los hermanos, es decir, a Emiliano y, no a Basilio, pese a que asumieron una idéntica posición negocial, esto es, la de ser meros adherentes en una reglamentación predisuelta por la entidad financiera que finalmente resultó abusiva por falta de la transparencia debida».

Por otra parte, la SJM Santander de 25 de abril de 2016, en un caso en que se estima la devolución de las cantidades indebidamente cobradas durante toda la vida del contrato de préstamo hipotecario por aplicación indebida de la cláusula suelo declarada abusiva, considera que el hecho de que los demandantes fuesen licenciados en empresariales no les confiere un especial conocimiento del sector, puesto que su vida laboral se desarrolla fuera de estos estudios «por lo que no se les puede atribuir una mayor capacidad para comprender las consecuencias de los límites a la variabilidad». Con mayor razón, esta argumentación es perfectamente aplicable a los profesionales que ni siquiera tengan estudios empresariales o financieros, una vez que se pruebe que no recibieron una información suficiente y clara que supere el control de transparencia exigible⁶.

Por tanto, en estos casos los profesionales que actúan fuera de la esfera de su competencia son inexpertos, no puede exigírseles más diligencia que a un consumidor medio, y corren el riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad comparable a la del consumidor. Ello ha propiciado que parte de la doctrina reconozca como consumidor a ciertos profesionales cuando actúan fuera de su ámbito profesional⁷. Así, la noción de consumidor se movería entre dos concepciones, una amplia y otra estricta. La primera querría proteger a toda persona que contrata fuera de su profesión, mientras que la segunda no querría extender en exceso la protección de los consumidores y usuarios.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de «clientela», como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente —consumidor o profesional— que emplea la LCGC. Así, existe también entre la jurisprudencia una flexibilización del concepto de consumidor, que se equipara a clientela⁸ o cliente minorista, según la normativa MIFID, relativa a los mercados de instrumentos financieros. Es más, tal y como concluye la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014, «cualquier cliente bancario, aunque no sea consumidor, tiene protección a través de las normas, entre otras, de la EHA 2899/2011 y la entidad bancaria tiene igualmente un deber de información para el cliente bancario que no sea consumidor» y «un empresario puede ser considerado consumidor y profesional a la vez reuniendo características de uno y otro y en el ámbito de la banca necesita protección y garantía en defensa de sus derechos».

En definitiva, defendemos la total legitimidad de autónomos y pequeños empresarios, como meros adherentes en una reglamentación predisuelta por

la entidad financiera, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero. Y ello, porque la normativa existente no prohíbe una interpretación extensiva del control de transparencia previsto para consumidores a la contratación entre empresarios en los términos expuestos.

III. APLICACIÓN DEL ACTUAL CONTROL DE TRANSPARENCIA A LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS

Como es de sobra conocido, el Alto Tribunal en su sentencia núm. 241/2013, dictada y adoptada por unanimidad por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo el 9 de mayo de 2013, condenando a las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Cajas Rurales Unidas, SCC y NCG banco SAU, determinó con carácter general la nulidad de este tipo de cláusulas cuando concurren las circunstancias que en ella se describen. Y son ya numerosas las Audiencias Provinciales⁹, así como los Juzgados de lo Mercantil¹⁰, que han extendido dicha doctrina también a los supuestos en los que el prestatario, aunque consumidor de productos bancarios, no destina el préstamo al consumo o a la adquisición de una vivienda, sino a una actividad profesional o mercantil de pequeña o media envergadura, condenando a las entidades bancarias demandadas a la nulidad expresa de las cláusulas suelo, por considerarlas expresamente «abusivas», y la devolución de los intereses devengados en demasía en virtud de la misma al demandante, así como la condena en costas.

Respecto a la caracterización del control de transparencia, el mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 8 septiembre de 2014¹¹, determinó que «en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (arts. 5.5 y 7.b de la LCGC).

Pues bien, conforme a lo establecido en el artículo 5.5 LCGC, «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez», de modo que «no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]» (art. 7 LCGC).

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de junio de 2013, en un caso de contratación entre empresarios, señala que las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo en su sentencia de mayo de 2013 (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia —requisito del artículo 5 LCGC—, son aplicables «con independencia de las cualidades personales del adherente», sea este consumidor o no (*vid.*, Fundamento de Derecho Segundo), y que las conclusiones obtenidas tras el análisis del control de transparencia no pueden ser diferentes a las resoluciones dictadas por la Sala en cláusulas suscritas con consumidores ya que «la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del

tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad» (*vid.* Fundamento de Derecho Séptimo).

Debemos recordar que la STJUE de 26 de febrero de 2015 y la STS del Pleno de 24 de marzo de 2015, reiteran los criterios de una nueva concepción del control de transparencia, superando la visión tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción a favor de una moderna concepción, que requiere que el cliente comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato financiero. El exigido control de transparencia de las cláusulas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario haría referencia actualmente, por tanto, a un análisis en abstracto respecto a la aptitud de la misma para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte del mismo, pues no existe consentimiento como tal en el ámbito de los contratos de adhesión. Se trata, por tanto, de un control de transparencia objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido, sin llegar a comprenderse las consecuencias económicas de la misma, es porque la cláusula no transmite la información correctamente, no cumpliendo, por tanto, con el deber de transparencia exigible¹².

En efecto, por más que se intente aminorar la relevancia de este cambio, lo cierto es que los criterios establecidos en la normativa aplicable acerca de la «claridad, sencillez y concreción» de las cláusulas predisuestas (art. 4.2 de la Directiva, art. 5.4 LCGC y art. 80.1.a. TRLGDCU), no pueden quedar reconducidos al marco de un mero control formal referenciado en el ámbito de la interpretación del contrato bajo la preferencia de la interpretación literal e inteligibilidad del clausulado. Tal y como señala la reciente SAP León de 13 de abril de 2016 «La eficaz transmisión al consumidor del significado de la carga jurídica y económica que la cláusula suelo conlleva es lo que, como control abstracto, se analiza por la Jurisprudencia para garantizar la debida transparencia (sustantiva) verificando si se comunicó de manera sencilla y destacada todo aquello que influye sustancialmente en la delimitación de las obligaciones principales del contrato y, en particular, de la obligación de pago por el prestatario».

En opinión del magistrado ORDUNA MORENO, en el Voto Particular que formula en la reciente STS de 3 junio de 2016, «el desenvolvimiento actual del control de transparencia muestra que esta transcendencia del concepto o del ideal de la transparencia ha cobrado ya cuerpo o fisonomía de auténtico principio jurídico. En este sentido, puede afirmarse que el cambio social en este ideal ya se ha producido y se ha instalado en la progresiva evolución jurídica». Esta conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico ya ha sido reconocida tanto en el ámbito de nuestra doctrina jurisprudencial¹³, como en la jurisprudencia del TJUE (el régimen de ineficacia que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público económico, conforme al principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13¹⁴).

En ese sentido, el concepto normativo de la transparencia se proyecta de este modo sistemático tanto con relación a la protección del contratante adherente, como finalidad primordial, pero también con relación a la calidad de negociación y mejor competencia de la contratación seriada entre las empresas, a la cual favorece, así como con relación al valor o principio de la seguridad jurídica en

el que contribuye, innegablemente, al aumentar el nivel de certeza respecto de las cláusulas que no superen el control de transparencia, apartándolas o excluyéndolas del tráfico patrimonial.

El control de transparencia implicaría, por tanto, una comprensión real de las consecuencias económicas que la inclusión de la cláusula debatida supone para el contratante y la práctica habitual es que no se cumplan los deberes de transparencia a que está obligado el Banco, confirmando así la inferioridad de la posición contractual del adherente. Y es que tal falta de información determina que el prestatario no esté prestando un consentimiento efectivo al precio del contrato, de forma que si el este hubiese sido convenientemente informado sobre el verdadero alcance y trascendencia de la cláusula suelo de su hipoteca, lo más probable es que no la hubiera firmado. Por tanto, es necesario que la parte adherente tenga un conocimiento real y razonable de cómo juega en la economía del contrato la cláusula suelo impuesta por la entidad demandada, por ejemplo, mediante la simulación de escenarios posibles, o informado en la «fase de negociación» del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. La entidad debe darle a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de cláusula.

Por otra parte, en cuanto a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información (en base al art. 217 de la vigente LEC), corresponde a quien ofreció esa cláusula y la impuso el demostrar que informó correctamente según la legislación vigente (por ejemplo, con las estadísticas del Euribor de los últimos años), explicando al cliente qué es una cláusula suelo y advirtiéndole del funcionamiento y las consecuencias de la misma; incluso siendo la prestataria una empresa, la diligencia que le es exigible a la entidad no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.

Concluimos, siguiendo la exposición del Voto Particular de la reciente STS de 3 junio de 2016: 1.º) Que el control de incorporación es «único» para todas las cláusulas, bien esenciales o bien accesorias. 2.º) Que en la actualidad, conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 30 de abril de 2014) y la de esta Sala (sentencias de 18 de julio de 2012 y 8 de septiembre de 2014), el control de incorporación no puede aplicarse (escindirse) solo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado. 3.º) Que el control de incorporación tiene su sede natural, conceptualmente hablando, en la LCGC, y no en el Código Civil. 4.º) En lo que más nos interesa aquí, que reconocido el fundamento del control de incorporación en la LCGC, y el similar control de incorporación tanto en el texto refundido de la LGDCU (art. 80), como en la citada LCGC (arts. 5 y 7), no hay inconveniente alguno de aplicar el concepto de transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, para todos los contratos de adhesión entre profesionales, pues su fundamento de aplicación es idéntico: predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente.

IV. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Una vez constatada la falta de transparencia en la incorporación de la cláusula objeto de análisis y teniendo en cuenta que la declaración de abusividad es una

calificación jurídica diferenciable del enjuiciamiento, propiamente dicho, de la transparencia de la cláusula como cláusula comprensible para el adherente; consideramos que el hecho de que el cliente no ostente la condición de consumidor no es obstáculo alguno para apreciar dicha abusividad.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cáceres, en sentencias de 3 de junio de 2013 y de 26 de febrero de 2014: «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 la 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 exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC)».

Como ya sabemos, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 8 LCGC, las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho (salvo que se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor. Esta abusividad se concreta en que dichas condiciones generales, contradiciendo las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo. Y dicho equilibrio no hay que entenderlo en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de abstracto¹⁵.

Por otra parte, en el preámbulo de la LCGC se reconoce expresamente la posibilidad de que en las condiciones generales entre profesionales pueda existir abuso de una posición dominante, pero establece que «tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual». Es decir, también judicialmente puede 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. Y ello, en base a esta LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predisuelta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto o contrario a derecho y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales. Por tanto, nada impide, al amparo de la normativa existente, la interpretación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales.

Y, en este sentido, la precitada sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de junio de 2013, al declarar que existe una posición dominante de la entidad bancaria sobre una compañía mercantil, comprueba si la información suministrada por la entidad ha permitido «percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»; concluyendo que la cláusula es nula por abusiva, ya que «se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestamista no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo». En este mismo sentido, se

pronuncia la Audiencia Provincial de Huelva en sentencia de 21 de marzo de 2014, declarando la nulidad de la cláusula suelo suscrita en un préstamo con una sociedad mercantil por ser nula debido a un abuso de posición dominante, realiza un juicio de transparencia o el análisis de si ha existido un vicio en el consentimiento por falta de información precontractual al amparo de la LCGC, llegando a la misma conclusión señalada.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que la LCGC advierte en su Exposición de Motivos, a continuación del reconocimiento de la posibilidad de que en las condiciones generales entre profesionales pueda existir abuso de una posición dominante, que «habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas». Y es que, obviamente, tal y como ya hemos argumentado, no se encuentran en la misma situación ni requiere la misma protección un autónomo o un pequeño empresario, al que podríamos asimilar con un consumidor particular, con nula capacidad de negociación frente a la entidad bancaria, que una gran empresa, con sobrados conocimientos financieros y de mercado fruto del mejor asesoramiento jurídico y con posibilidad de ejercer presión sobre el banco por su capacidad económica¹⁶. Si el empresario actúa fuera de su ámbito profesional no tiene por qué tener más conocimientos técnicos ni puede exigírsele más diligencia que a un consumidor medio, y además, corre el riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad comparable a la este.

El juez, a la hora de valorar la validez de una cláusula contractual abusiva en estos casos, debería realizar una labor hermenéutica que tuviera presente que el Código Civil exige la buena fe para la validez y el cumplimiento del contrato, sin que pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes (tal y como se desprende de los arts. 1258 y 1256 del Código Civil), bajo sanción de nulidad o ineficacia por contrario a la Ley, a la moral, o al orden público (según los arts. 1255, 1265 y 1300 del Código Civil), e imponiendo en materia de interpretación que esta nunca deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado su oscuridad (art. 1288 del Código Civil)¹⁷. Asimismo, deberá tener en cuenta que la LCGC sienta sus bases en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, además, que justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser contrario a derecho y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales¹⁸. Bajo estas premisas, si efectivamente se produce un desequilibrio injusto de prestaciones de los contratantes que evidencia una falta absoluta de buena fe por parte de la entidad bancaria, podría declarar la nulidad de aquellas cláusulas impuestas y prerredactadas por esta que efectivamente se aparten de estos principios.

En este sentido, en el caso enjuiciado en la reciente STS de 3 junio de 2016, en que se declaró probado que hubo negociaciones intensas entre las partes que variaron las propuestas u ofertas iniciales en favor de los intereses del cliente que, además, fue advertido del funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo; por lo que se llegó a la conclusión de que el clausulado fue negociado y, por tanto, no predispuesto, pues la entidad bancaria cumplió con su especial deber de ofrecer una información comprensible al cliente (*vid.* Fundamento Sexto, apartado segundo). Así, la Sala entendió que ahí no podía afirmarse que la condición general cuestionada comportase una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente; ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 del Código Civil.

En suma, en este ámbito de control de la abusividad y del justo equilibrio de prestaciones conforme a la buena fe, nuestros Tribunales deben aplicar dicho control con igual fortaleza a los autónomos y pequeños empresarios que, careciendo de la capacidad económica y de la fuerza negociadora de las grandes empresas frente a las entidades bancarias, concurren como meros adherentes y en calidad de consumidores (no negociadores) a la contratación seriada de productos bancarios.

V. CONCLUSIONES

I. A lo largo de este trabajo hemos defendido la legitimidad legal de autónomos y pequeños empresarios que actúen fuera de su ámbito profesional, como meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad bancaria, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero.

II. Consideramos que debe extenderse el control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre este tipo de empresarios, cuando estas resulten abusivas por falta de la transparencia debida. Y ello, en aras de la seguridad jurídica y de la protección frente a abusos que nuestra normativa otorga a la parte más débil del contrato, el prestamista adherente, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este importante sector del tráfico jurídico patrimonial.

III. En un momento financiero como el actual, en el que tímidamente comienzan a asomar los brotes de la esperada recuperación económica, tras una crisis que se ha ensañado con la clase media y los pequeños empresarios, los jueces no pueden ceder a la impasible contemplación de las prácticas anti-jurídicas y la mala fe de las entidades financieras. No puede quedar impune el abuso de la posición dominante de los bancos frente a todo tipo de consumidores de préstamos, se dediquen estos directamente al consumo o a actividades profesionales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 6 de octubre de 2009
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 14 de junio de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 26 de febrero de 2015
- STS de 3 junio de 2016
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 13 de mayo de 2014
- TS de 26 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2005
- SAP León de 13 de abril de 2016
- SAP Cáceres de 26 de febrero de 2014
- SAP Huelva de 21 de marzo de 2014

- SAP Jaén de 13 de junio de 2014
- SAP Cáceres de 3 de junio de 2013
- SAP Córdoba de 18 de junio 2013
- SJM Santander de 25 de abril de 2016
- SJM Bilbao de 14 octubre 2014

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (2009). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Bercovitz (coord.). Aranzadi.
- ACEDO PENCO, A. (2003). *Nociones de Derecho de Consumo*. Cáceres: Universidad de Extremadura.
- ACHÓN BRUÑEL, M. J. (2015). Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras. @*Diario La Ley*. Núm. 8473. La Ley.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2015), *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus.
- BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del consumidor como cliente bancario, @*Actualidad Civil*. Núm. 5. La Ley.
- CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo. @*Diario La Ley*. Núm. 8385. La Ley.
- COHEN BENCHETRIT, A. (2014). Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo. @*Práctica de Tribunales*. Núm. 117. La Ley.
- CORDERO, E. (2013). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad. @*Diario La Ley*. Núm. 8098. La Ley.
- DÍAZ ALABART, S. (2004). El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo. *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2003). La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. @*Diario La Ley*. Núm. 2. La Ley.
- MÉNDEZ TOJO, R. (2015). Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes? @*Diario La Ley*. Núm. 8456. La Ley.
- PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. @*Diario La Ley*. Núm. 8547. La Ley.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de transparencia de las cláusulas predisuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica, en @*Diario La Ley*, Núm. 8591, La Ley.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. @*Diario La Ley*. Núm. 8419. La Ley.

NOTAS

¹ Vid. YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. @*Diario La Ley*. Núm. 8419.

² La STJUE de 26 de febrero de 2015 estableció una nueva configuración del control de transparencia, superando la visión tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas que conforman las condiciones generales del contrato, a favor de una moderna concepción, que requiere que el consumidor comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo. *Vid.* PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. @*Diario La Ley*. Núm. 8547. La Ley.

³ Voto Particular que formula el Magistrado D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016.

⁴ BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del consumidor como cliente bancario, @*Actualidad Civil*. Núm. 5. La Ley.

⁵ *Vid.* STS de 3 de junio de 2016.

⁶ *Cft.* la SAP León de 13 de abril de 2016, que argumenta lo siguiente: «Por lo tanto, deben de ser anuladas todas las cláusulas que afecten a consumidores, porque el control de abusividad no se proyecta en relación con los conocimientos del prestatario sino en cómo se incorporaron las cláusulas en el contrato de préstamo que le obliga: si se incorporaron como la cláusula analizada, o de manera semejante, la cláusula será nula. Por el contrario, no sería nula la cláusula suelo si se destacó como estipulación separada del tipo de interés variable, si se dejó claro que era una cláusula definitoria de elementos esenciales del contrato, si se suscribió después de haber ofertado otros préstamos a interés variable sin tal cláusula, si no se englobó en una maraña de datos... Pero, y eso es lo importante, la nulidad de la cláusula no se puede condicionar.

⁷ *Vid.* por todos, ACEDO PENCO, A. (2003). *Nociones de Derecho de Consumo*. Cáceres: Universidad de Extremadura. p. 69. Además, esta postura se ha visto refrendada por algunas decisiones de los Tribunales como fue el caso de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de octubre de 2002, que dio cobertura a un sindicato y la Audiencia Provincial de Córdoba que consideró como consumidor a una sociedad dedicada a la producción. Para GARCÍA RUBIO, la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo no exige que el consumidor sea el destinatario final del bien, sino que basta con que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional, de donde se deduce a su juicio que, por ello, incluye en su seno a los profesionales que actúan con fines ajenos a su especialidad. *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2003). La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. @*Diario La Ley*. Núm. 2. Por otra parte, para DÍAZ ALABART aunque en puridad el artículo 1 LGDCU debía aplicarse al destinatario final de bienes o servicios, sí tendría sentido brindarles la posibilidad de acceder al sistema arbitral de consumo, lo que supondría proteger a los pequeños empresarios, en esos ámbitos en los que su condición de profesionales queda desdibujada y son la parte débil del contrato. *Vid.* DÍAZ ALABART, S. (2004). El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo. *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 65. Así en BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del... *cit.*

⁸ SAP Córdoba de 18 de junio 2013.

⁹ *Vid.* SAP Córdoba de 18 de junio de 2013; SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 y de 26 de febrero de 2014; SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014.

¹⁰ A modo de ejemplo, SJM Bilbao (Provincia de Vizcaya) de 14 de octubre de 2014.

¹¹ En el mismo sentido, *cft.* sentencia del TS de 26 de mayo de 2014.

¹² *Vid.* PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control... *cit.*

¹³ STS de 8 de septiembre de 2014.

¹⁴ SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011.

¹⁵ *Vid.* SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014.

¹⁶ En este mismo sentido, YAÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y ...*cit.* Y, en sentido contrario, como ejemplo, COHEN BENCHETRIT, A. (2014). Cuestiones prácticas que

se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo. @*Práctica de Tribunales*. Núm. 117. La Ley; quien niega la posibilidad de extender el ámbito de control reforzado de transparencia a las cláusulas incorporadas a los contratos celebrados con quien no ostenta la condición de consumidor para, por esa vía, en caso de estimarse que la cláusula no supera el control de transparencia, declarar su abusividad.

¹⁷ Vid. YAÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y ...*cit*.

¹⁸ Vid. Voto Particular que formula el Magistrado D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016.