



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA  
SALAMANCA

**TRABAJO FIN DE  
TÍTULO  
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

Curso 2015/2017

**EL ADHERENTE NO CONSUMIDOR  
EN LAS CLÁUSULAS SUELO:  
PROBLEMÁTICA, CUESTIONES  
PRÁCTICAS Y POSIBLES REMEDIOS**

María de las Mercedes Marcello de la Peña

Dirigido por: Lorenzo Fuentes de Antonio

DICIEMBRE 2016

**EL ADHERENTE NO CONSUMIDOR  
EN LAS CLÁUSULAS SUELO:  
PROBLEMÁTICA, CUESTIONES  
PRÁCTICAS Y POSIBLES REMEDIOS**

**THE NON-CONSUMER ADHERENT  
IN "FLOOR CLAUSES":  
PROBLEMATIC, PRACTICAL ISSUES  
AND POSSIBLE REMEDIES**

**Mercedes Marcello de la Peña**

Fdo:

**Lorenzo Fuentes de Antonio**

Fdo:

## RESUMEN

Tras el gran revuelo causado por las cláusulas suelo desde su activación en el año 2009 , se ha puesto de manifiesto que la batalla emprendida contra las mismas ha sido de cara a la protección del consumidor, como pone de relieve la STS 9 de mayo de 2013, sentencia que responde a una acción entablada por consumidores, siendo olvidado un sector importantísimo: los autónomos y los pequeños empresarios, y que constituye el 99,2 % del tejido empresarial español, el cual también sufre el abuso de posición dominante de las entidades financieras , dentro de este nuevo fenómeno de contratación estandarizada, que es ya una realidad social. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto, tras el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 sobre la aplicabilidad del control de transparencia a los empresarios, buscar un mosaico de remedios para declarar la nulidad de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo hipotecario de estos solicitantes - no consumidores-, en su calidad de adherentes de condiciones generales.

**PALABRAS CLAVE:** Cláusula suelo, empresario, préstamo hipotecario, condiciones, control de transparencia, buena fe contractual.

## ABSTRACT

After the great stir caused by “floor clauses” since its activation in 2009, it has become clear that the battle against them has been towards the consumers’ protection, as highlighted by the STS May 9, 2013, A sentence that responds to an action taken by consumers, being forgotten a very important sector: the self-employed and the small entrepreneurs. They constitute 99,2% of the Spanish business fabric, which also suffers the abuse of dominant position of the financial entities, within this new phenomenon of standardized contracting, which is already a social reality. Therefore, after the recent Supreme Court ruling of June 3, 2016 on the applicability of transparency control to businessman, this project aims to find a mosaic of remedies to declare the nullity of the clauses embedded in the Mortgage loan agreements of these applicants - not consumers - as adherents of general conditions.

**KEYWORDS:** Floor clauses. Businessmen. Mortgage Loan. Transparency control. General Conditions of contract. Contractual good faith.

## INDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>CAPITULO I. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?</b> .....	<b>5</b>
<b>1.1 Concepto</b> .....	<b>5</b>
<b>1.2 Legislación aplicable</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3 Cuestión previa: las empresas no son consumidores - una decisión legal y jurisprudencial- : son adherentes en la contratación con condiciones generales</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPITULO II. MOSAICO DE REMEDIOS DE QUE DISPONE EL ADHERENTE NO CONSUMIDOR</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1 Primera tesis: Remisión a las reglas generales contenidas en los artículos 1258 CC y 57 CCom. Tesis sostenida por el Tribunal Supremo</b> .....	<b>14</b>
2.1.1 Análisis STS 3 junio 2016 .....	14
2.1.2 Posibles remedios .....	23
<b>2.2 Segunda tesis: Aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios.</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3 Tercera tesis: Analogía</b> .....	<b>30</b>
<b>2.4 Cuarta tesis: Atribución de la condición de consumidor a los profesionales o empresarios</b> .....	<b>31</b>
<b>2.5 Quinta tesis: Extensión de la nueva doctrina jurisprudencial por error-vicio del consentimiento (art.1261 CC) aplicable a la contratación de productos financieros complejos</b> .....	<b>31</b>
<b>CAPITULO III. CÓMO ABORDAR UNA CLÁUSULA SUELO EN LOS CASOS DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR: LA BUENA FE CONTRACTUAL</b> .....	<b>32</b>
<b>3.1 La buena fe contractual (art.1258 CC)</b> .....	<b>33</b>
3.1.1 ¿ Que es la buena fe? .....	34
3.1.2 ¿Qué entiende el TS por buena fe? .....	34
3.3 ¿Cómo se aplica la buena fe a una cláusula suelo?.....	39
<b>3.2 Caso práctico: demanda de nulidad</b> .....	<b>41</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>56</b>

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>58</b>
<b>I. MANUALES Y MONOGRAFÍAS.....</b>	<b>58</b>
<b>II. ARTÍCULOS DE REVISTAS.....</b>	<b>58</b>
<b>III. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>59</b>
<b>IV. LEGISLACIÓN .....</b>	<b>61</b>

## **ABREVIATURAS**

A.P Audiencia Provincial

Art. Artículo

BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales

CC Código Civil

CCom Código de Comercio

LCGC Ley de Condiciones Generales de la Contratación

LMV Ley del Mercado de Valores

Pág. Página

Págs. Páginas

Núm. Número

TJUE Tribunal Justicia Unión Europea

TR-LGDCU Texto Refundido Ley General de Defensa Consumidores y Usuarios

T.S Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

## INTRODUCCIÓN

El asunto relativo a las cláusulas suelo ha sido profundamente estudiado desde el momento de su activación en el año 2009, cuando se produjo una importante caída del índice referencia comúnmente utilizado para el cálculo del interés variable a aplicar, esto es el EURIBOR; cuya controversia dio lugar a la aclamadísima sentencia 241/2013 de 9 de mayo seguida de su ulterior estudio e interpretación. Son diversos temas los que han sido abordados desde entonces, existiendo cierta unanimidad posterior a la fijación de la doctrina jurisprudencial relativa a la abusividad de las cláusulas suelo, su retroactividad o nulidad, todo ello desde la perspectiva del consumidor, habiendo olvidado un sector importantísimo, también consumidor de estos productos bancarios, pero que no destina el préstamo al consumo o a la adquisición de una vivienda, sino a una actividad profesional o empresarial de pequeña o mediana envergadura.

En esta situación concurren infinidad de ciudadanos españoles, concretamente el 99,2% del tejido empresarial español está conformado por autónomos, microempresas y pymes, y que dependen para acometer sus actividades empresariales, de la financiación bancaria hasta en un 80%. Hablamos de PYMES y autónomos en alusión a un posible conocimiento o verdadero poder de control de las condiciones insertas en estos préstamos, condiciones que quizá sí podrían conocerse o ejercer cierto poder de negociación por parte de grandes multinacionales, con grandes departamentos financieros que realmente conozcan ciertos comportamientos, a corto plazo, del mercado o que pudieran ejercer un verdadero poder de cara a la negociación de dichos préstamos.

Consecuencia de todo ello, el objetivo del presente trabajo es buscar un mosaico de remedios para estos solicitantes -no consumidores- de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo insertas, remedios que derivan de su condición de adherentes en la contratación con condiciones generales conforme a la LCGC, soluciones que podrían abrir las puertas de cara a la posible nulidad de la cláusula suelo incorporada en sus contratos de préstamo hipotecario.

Tema actual, sobre el que el Supremo ya se ha pronunciado en su STS de 3 de junio de 2016, que ha aclarado una cuestión que venía siendo resuelta de forma dispar entre nuestras Audiencias Provinciales, a saber, la posibilidad de someter al control de transparencia cualificado las cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios suscritos por empresarios o profesionales<sup>1</sup>. Sentencia que a pesar de fijar doctrina, genera grandes dudas como pone de manifiesto la existencia del voto particular a la misma formulado por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, que en mi modesta opinión se compadece mejor con la realidad social del problema y, sobretodo, con los argumentos técnico-jurídicos que debería de haber seguido el Pleno. Este voto

---

<sup>1</sup> En este sentido, como veremos más adelante, el Tribunal Supremo ha venido a aclarar que dicho control de transparencia está reservado a la contratación con consumidores, por lo que no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no ostenta la condición legal de consumidor.

particular, viene a completar toda una moderna visión del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales.

## CAPITULO I. ¿QUÉ ES UNA CLÁUSULA SUELO?

Para abordar la problemática de las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritas por autónomos y pymes consideramos esencial hacer una breve referencia a la definición del concepto de cláusula suelo, así como la normativa aplicable en estos supuestos que variará sustancialmente dependiendo de la condición del adherente a las condiciones generales impuestas en dichos contratos de préstamo: consumidor o empresario.

### 1.1 Concepto

Es especialmente clara la definición que se hace en el informe del Banco de España<sup>2</sup> sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, en el apartado relativo a : " Préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que incorporan acotaciones a las variaciones de los tipos de interés", que establece : La propia escritura de préstamo hipotecario incorpora límites a la variación de los tipos de interés, o a la de los índices de referencia. En el caso de que la acotación sea a la baja, la cláusula fijará un tipo de interés que actuará como suelo del tipo pactado, con lo que se garantizan unos ingresos mínimos para la entidad que concede el crédito, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados. Si la acotación es al alza, ello permitirá crear un techo a la subida del tipo pactado que estabilizará las cantidades a pagar por el cliente en caso de que los tipos de interés de mercado superen esa barrera.

Tras la doctrina jurisprudencial establecida por el TS en numerosísimas ocasiones, y en la actualidad por numerosas Audiencias Provinciales, sabemos que las cláusulas suelo incluidas en la contratación con consumidores, y también en la contratación con empresarios (la que nos interesa a efectos del presente trabajo):

1. Son lícitas y válidas (per sé), y por tanto legales (premisa sobre la que insiste el propio Banco de España en su informe de 27 de abril de 2010).
2. Definen el objeto principal del contrato, porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario permitiendo conocer el reparto de riesgos (precio y contraprestación) y, que como tales, no pueden ser examinadas por su abusividad porque respecto de ellas no cabe un control judicial de contenido (control de precios, art.4.2 Directiva 93/13/CEE) salvo cuando no superen un doble filtro de transparencia: un control de incorporación y un reforzado y específico control de transparencia

---

<sup>2</sup> Informe del Banco de España, *BOCG n°457* de 7 de mayo de 2010. p-13.



(control de comprensibilidad real) -; hipótesis en cuyo caso, y tratándose de consumidores el Supremo parte de presumir automáticamente su abusividad y consiguiente nulidad (STS 9 mayo 2013).

3. La validez y eficacia de este nuevo modo de contratar, descansa, fundamentalmente, en la asunción (imposición) por parte del predisponente de una serie de "especiales deberes de información en la fase precontractual" que configuran el negocio jurídico en serie o estandarizado de cuya incorporación, transparencia (comprensión real no solo formal) y contenido depende en última instancia la eficacia, nulidad o no, de la cláusula predispuesta.

## 1.2 Legislación aplicable

La legislación que habrá de ser alegada para invocar la nulidad de una cláusula suelo variará de forma sustancial en función de que estemos ante un adherente consumidor o no, interesándonos a efectos de este trabajo el adherente no consumidor. En todo caso, hemos de aclarar que las cláusulas suelo, tal y como dispone el TS, son condiciones generales de la contratación a las que será aplicable en cualquier caso la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyo art.2 "ámbito subjetivo" dispone:

*1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.*

*2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.*

*3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.*

Por tanto, la LCGC no realiza distinción entre adherente consumidor o no consumidor, será aplicable en todo caso, hecho que no admite discusión y que ha sido reconocido de forma unánime tanto por el TS como por la jurisprudencia menor<sup>3</sup>: "*la LCGC resulta de aplicación con independencia de las cualidades personales del adherente (persona física o jurídica) o lo que es lo mismo, con independencia de que sea o no consumidor.*"

---

<sup>3</sup> SAP Soria 18 febrero 2016 (JUR 2016/58367); SAP Málaga 29 diciembre 2014 (JU 2015/193684); SAP Barcelona 15 de septiembre 2014 (AC 2014/1808); Juzgado de lo Mercantil Donostia (Guipúzcoa) 20 de junio 2016 (JUR 2016/1453), entre otras.

- Adherente consumidor: Además de la LCGC como acabamos de exponer, serán de aplicación fundamentalmente<sup>4</sup>, y aquí es donde radica la problemática que aborda el trabajo, por pretender ser éstas aplicadas - erróneamente- a los adherentes no consumidores:

- Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

- Real Decreto 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.

- Adherente no consumidor : Objeto de estudio del presente trabajo. Sus pretensiones habrán de basarse en la LCGC así como, tal y como expone la propia Exposición de Motivos de la citada ley, en las normas generales contenidas en el Código Civil, particularmente en materia de contratos habrá de residenciarse su protección en la **buena fe contractual (art.1258 CC)**, dispone la Exposición de Motivos de la LCGC:

*"Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores.*

(...)

*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. **Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.**"*

### **1.3 Cuestión previa: las empresas no son consumidores - una decisión legal y jurisprudencial- : son adherentes en la contratación con condiciones generales**

Consideramos necesario realizar una aclaración previa, la delimitación del concepto de consumidor, por ser éste el presupuesto de aplicación de la normativa, en ocasiones, erróneamente invocada, de aplicación del control de contenido y de transparencia

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de la aplicación de la normativa bancaria, que regula la actuación de los bancos : **Orden de 5 de mayo de 1994** sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.; **Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible**: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros; **Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2011** de Transparencia y Protección del cliente de Servicios Bancarios; **Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios de Reestructuración de Deuda y Alquiler social**: En su artículo 6 exige una expresión manuscrita de haber sido informado de los riesgos.

como fundamento de una acción de impugnación de una cláusula suelo suscrita por autónomos, pymes y profesionales.

El concepto de general de consumidor y de usuario aparece definido en la normativa vigente en España en el art.3 del TR-LGDCU :

*"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

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

De donde podemos concluir, que en la actualidad, la nota que permite diferenciar si una persona, ya sea física o jurídica, está actuando en calidad de consumidor es el destino de los bienes o servicios que adquiere. Así, en el caso que nos ocupa, obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, si la financiación se obtiene para fines o usos privados<sup>5</sup>, estaremos ante un consumidor, y si ésta es obtenida para su incorporación a su actividad comercial o empresarial nos encontraremos ante una empresa.

El art.3 del TR-LGDCU fue reformado por la Ley 3/2014 de 7 de marzo SIC\_, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: *" Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial "*.

El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias, principalmente la Directiva 93/13 (también en otras, como las Directivas 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, la 97/7 sobre contratos a distancia, o la 99/44 sobre ventas de consumo), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

La diferencia entre el concepto comunitario y el asumido por el vigente Texto Refundido, de un lado, y el empleado por la legislación anterior (y mantenido todavía en algún texto internacional, como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 ), resulta evidente, al despojarse la definición del elemento finalista referido a la consideración del consumidor como destinatario final del producto o servicio objeto del contrato. Las normas internacionales

---

<sup>5</sup> Así lo dispone la propia Exposición de Motivos del vigente TR-LGDCU

sobre unificación del Derecho privado en proyecto contienen definiciones similares a la recogida en nuestro Derecho positivo vigente.

La jurisprudencia del TJUE, recaída en interpretación del mismo concepto utilizado en otras normas comunitarias, utiliza un criterio de interpretación que puede calificarse como restrictivo, del que es paradigma la sentencia dictada en el caso Gruber (C-464/01, de 20 de enero de 2005 ) o también la sentencia recaída en el asunto Di Pinto, de 14.3.1991 , la de 17.3.1998 (asunto Dietzinger ) o la sentencia Benincasa, de 3.7.1997 , en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término, en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubiera de destinarse al consumo privado.

Además, la Exposición de Motivos del vigente Texto Refundido sigue haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios, cuando expresa en su apartado III que *" el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros"*.

En relación con esta variación de la consideración del consumidor como destinatario final en la legislación anterior y el actual concepto de consumidor tanto en la normativa nacional como comunitaria, que como hemos dicho se despoja de la anterior concepción de destinatario final y se centra en el destino de los fondos resulta bastante esclarecedor lo que concluye la SAP de Pontevedra de 14 de octubre de 2014 (JUR 2014/8061) :

*"Así, la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional (la norma comunitaria es más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado "una actividad") resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final.*

*El arrendamiento de un bien a terceros, como señala la sentencia recurrida, supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1. De esta manera, no existen obstáculos en la jurisprudencia, -tampoco en la comunitaria, como sucedió en la sentencia Hamilton, de 10.4.2008 (TJCE 2008, 78) , en la que no se cuestionó la*

*condición de consumidora de la Sra. Ascension , que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; también el asunto Schulte, de 25.10.2005 (TJCE 2005, 312) )-, para considerar consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor, por lo que entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.*

En consonancia con ésta última afirmación, ya se pronunció el propio TJUE en su sentencia de 3 de septiembre de 2013, poniendo de manifiesto que una misma persona dependiendo del caso puede actuar como consumidor o como profesional, , asunto C-110/14, caso Costea vs. SC Volksbank România, , tras recordar la doctrina sentada en la sentencia Di Pinto (C-361/89, EU:C:1991:118, apartado 15), reitera:" 26 *En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia. 27 En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Iba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 , afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor. 28 Por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia. 29 En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede*

*determinar su condición en el contrato principal de crédito . 30 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete ."*

Por tanto, y siguiendo a RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI<sup>6</sup> , un profesional, no obstante serlo, puede verse protegido como consumidor, porque no actúa en el terreno en el que tiene esa consideración. En su ámbito propio no puede pretender verse amparado como consumidor. Pero cuando actúa en otro diverso, puede ostentar, por serle ajeno, dicha condición de consumidor, y de ese modo verse protegido por el acervo normativo que les ampara.

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo, así como nuestras Audiencias Provinciales ponen de relieve que la nota fundamental que permite resolver si el profesional que contrata con el banco es consumidor o profesional es el destino de los fondos al propio consumo o a integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Si el bien se adquiere para un uso personal, familiar o doméstico, se trata de un acto de consumo, mientras que si lo es para un uso empresarial o profesional, no lo será. Esta conclusión se desprende del artículo 1.2 y 3 de la LGDCU. Tal y como establece CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>7</sup> la LGDCU no permite una asimilación de los pequeños o medianos empresarios a la situación de los consumidores. No tienen la condición legal de consumidores o usuarios los empresarios que, por pequeñas que sean las dimensiones de su empresa, actúan en tal condición, o sea, con la finalidad de destinar los bienes o servicios adquiridos a las necesidades derivadas del ejercicio de su actividad empresarial.

En este sentido, el TS ha denegado la condición de consumidor y por tanto la protección dispensada por el TR-LGDCU entre otros a:

- *Abogado* que compra un local que destina al ejercicio de su actividad profesional (STS Sala primera. sentencia núm.246/2014 28 de mayo 2014 (RJ 2014/3354), dispone :

---

<sup>6</sup> RODRIGUEZ ACHUTEGUI. E. "La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.5/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. (BIB 2016/21179)

<sup>7</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ. A. "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ", en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdera Server, Rafael, (Coordinadores), *"Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés"*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 377 a 400.

(...) *Esta diferenciación de régimen jurídico, que impone la peculiar naturaleza del fenómeno a considerar, tiene su correlato lógico en la exigencia de unos determinados presupuestos objetivos y subjetivos que la propia legislación especial establece al respecto. Desde este imperativo, y conforme a la normativa citada por la parte recurrente ( artículo 1º, apartados 2º y 3º, artículo 10 Bis y Disposición Adicional Primera LGDCU, de 1984 (RCL 1984, 1906) ), debe señalarse que la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pese a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados), SSTS de 24 de septiembre de 2013, (núm. 545/2013 (RJ 2013, 7431) ) y 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014 (RJ 2014, 1467) ).*

- *PYME* que realiza contrato de servicios con prestación de gestión y asesoramiento en los aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualesquiera otros relacionados con la ejecución de una promoción inmobiliaria, en el que la parte receptora de los servicios no ostenta la condición de consumidor y, Sentencia núm. 166/2014 de 7 abril. RJ 2014\2184.

- *Residencia de ancianos. La demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad ( SSTS 18 de junio de 2012, núm. 406/2012 ( RJ 2012, 8857 ) y 24 de septiembre de 2013, núm. 545/2013 (RJ 2013, 7431) ; artículos 1.2 , 1.3 LGCU, 26/1984 y 2 y 3 LGDCU ( RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) 1/2007).*

- *Sociedad cooperativa de viviendas* que financió la promoción (STS núm.545/2013 de 24 de septiembre (RJ 545/2013) que rechaza la condición de consumidor de una sociedad cooperativa de viviendas que financia la promoción.

Lo mismo sucede con la mayoría de Audiencias provinciales que han denegado la condición de consumidor a :

- *Sociedades.* Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto núm.286/2015 de 18 de noviembre. (JUR 2016/14315)), en el que se establece que el demandante no actuaba con propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional: la adquisición de la vivienda se integraba en su actividad profesional de adquirir inmuebles sobre plano para revenderlos.

Tal y como establece el citado auto: "para la delimitación del concepto de consumidor es al préstamo y a su destino a lo que ha de atenderse y no a la titularidad del bien hipotecado, o a sus fiadores."

- *Abogado.* SAP Málaga sección 6ª. sentencia núm. 588/2015 de 6 octubre (JUR 2016\109005) , en la que se deniega la condición de consumidor al letrado que solicitó un préstamo con garantía hipotecaria motivado por la necesidad de adquirir un inmueble

en el que ejercer su actividad profesional de abogado , pues acababa de romper la relación con su socio de despacho y necesitaba un lugar para el ejercicio de su actividad profesional "18. *Ello por sí solo conllevaría la calificación del demandante como no consumidor pues el demandante no ostentó en esta relación jurídica la condición jurídica de consumidor pues no actuaba " en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional " como exige el art. 3 TRLCU, no bastando por tanto ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del citado texto refundido"*

No obstante lo anterior, existen algunas Audiencias Provinciales que proponen la extensión del concepto de consumidor a empresarios, entre otras SAP Huelva 21 marzo de 2014 (AC/2014/648) , SAP Córdoba sentencias 21 de octubre y 17 julio 2014 (JUR 2014/3390) (JJUR 2014/258485). En todo caso consideramos, tal y como establece SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, no tiene sentido hasta el punto de resultar descabellado forzar la interpretación del concepto de consumidor teniendo en cuenta tanto el TR-LGDCU como la doctrina jurisprudencial del Supremo ya mencionada.

En conclusión, los profesionales, no son consumidores, ni para el legislador; ni europeo ni estatal; no así para el catalán<sup>8</sup>, ni para el TJUE, el Tribunal Supremo y la mayoría de la jurisprudencia menor. Por lo que parece que los abogados de las empresas (profesionales, autónomos, pymes), a la luz de la nueva doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2016, habrán de fundamentar las defensas de sus clientes en su condición de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación resultándoles de aplicación el mosaico de remedios contenidos en la LCGC (y, subsidiariamente el Código Civil), siendo de aplicación el control de incorporación y transparencia contenido en los artículos 5,7, 8.1 y 9 de la citada ley, así como la contravención del principio de buena fe contractual contenido en el art.1258 Código Civil.

## **CAPITULO II. MOSAICO DE REMEDIOS DE QUE DISPONE EL ADHERENTE NO CONSUMIDOR**

El voto en contra a la sentencia de 3 de junio de 2016, por parte del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, el cual no hace más que poner de manifiesto el intenso debate tanto jurisprudencial como doctrinal existente entre los que defienden

---

<sup>8</sup> El código de consumo catalán, incluye en su ámbito de aplicación , art.2 a los *trabajadores autónomos y las empresas prestadores de servicios y de tracto continuado y a las que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE*. La Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas de 6 de mayo de 2003 da un paso importante a favor de la equiparación entre el consumidor y la microempresa. En la Recomendación se define a las microempresas como las pequeñas y las medianas empresas en función de su tamaño, volumen de negocios o balance y de su independencia a fin de mejor adoptar las medidas que les vinculan (art. 1). Esta Recomendación es tenida en cuenta por la Directiva de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior.



que sea aplicable el control de transparencia en la contratación entre empresarios y quienes consideran que no. Siguiendo a SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA<sup>9</sup>, hasta cinco son, por el momento, las tesis doctrinales, en torno a determinar cuáles son los argumentos legales, judiciales y doctrinales en los que pueden apoyarse los abogados de los no consumidores para ganar su pretensión de que sea declarada nula una cláusula suelo predispuesta en la contratación estandarizada entre empresarios o profesionales, con la consiguiente devolución de cantidades indebidamente cobradas.

## **2.1 Primera tesis: Remisión a las reglas generales contenidas en los artículos 1258 CC y 57 CCom. Tesis sostenida por el Tribunal Supremo**

Para el análisis de esta tesis, es necesario hacer un estudio de la STS núm.367/2016 de 3 de junio, por ser ésta la que marca la doctrina jurisprudencial por la que se declara la inaplicabilidad del control de transparencia cualificado a los adherentes de condiciones generales de contratación no consumidores, remitiéndose únicamente a la aplicación de un control de transparencia meramente gramatical (arts.5.5 y 7 LCGC) y remitiéndose como ya hace la propia Exposición de Motivos de la LCGC, a las normas generales de contratación, en particular la **buena fe contractual (art.1258 CC)**, ésta última remisión es el aspecto más relevante de la sentencia, pues habrá de ser necesariamente el recurso que habrán de utilizar los abogados de los solicitantes no consumidores de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo insertas para conseguir con éxito sus pretensiones de declaración de nulidad de dichas cláusulas suelo y la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

### **2.1.1 Análisis STS 3 junio 2016**

#### **- PRESUPUESTO DE ORIGEN**

El presupuesto de origen de la citada sentencia es un contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 5 de diciembre de 2006 entre la "prestataria" y el "Banco prestamista" (Banco Pastor ,S.A, actualmente Banco Popular, S.A) por un plazo de duración de 20 años, con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, para lo que hipotecó el propio local objeto de financiación.

El tipo remuneratorio se regía por las siguientes reglas: durante el primer año de vida del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal fijo de 4,45% , a partir del 31 de diciembre de 2007, el tipo de interés será variable e integrado por un tipo básico del EURIBOR, incrementado en 0,60 puntos porcentuales aplicables durante el resto de

---

<sup>9</sup> SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA.I. "Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios). Novedades del pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular". *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.8/2016 parte estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2016. Págs. 30-35. (BIB 2016/80147).

vida del contrato, o tipo diferencial, que permanecerá invariable durante toda la vigencia del contrato.

Además se convino la "clausula suelo", del siguiente tenor literal:

*"Límites a la variabilidad del tipo de interés. Las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45% nominal anual".*

#### - DESARROLLO DEL LITIGIO

La demanda fue interpuesta el 16 de abril de 2013, y repartida por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, registrada con el nº 161/2013. La actora alegaba que no había tenido conocimiento de la cláusula discutida hasta el momento de la firma del contrato, en la correspondiente Notaría, pero que la simple lectura del texto por un fedatario público no le habría permitido captar las sutilezas de un documento tan complejo, a resultas del cual el banco había salido injustamente beneficiado en la parte cobrada por la aplicación de la cláusula.

Resulta llamativo que en el FD 1º, párrafo 4 de la STS 3 de junio de 2016 se establezca que en la demanda formulada en primera instancia contra la entidad bancaria, la parte actora se fundamentó en los *arts.315 CCom, 1258 CC y 8.2 LCGC*, pues en la SAP a Coruña se establece en el FD 1º,1.1 que la actora fundamentó su demanda en la *aplicación de lo normado en la Directiva CEE 93/13, en la Ley 7/1998, relativa a condiciones generales de contratación (arts. 1, 2, 7, 8 y 10), en el art. 10 bis de la Ley 26/1984 de Consumidores y Usuarios vigente a la fecha del contrato y actuales arts. 80 y 82 RDL 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la referida legislación*, es decir, presuponiendo su condición de consumidora, mientras que posteriormente en la casación se ampara en normativa aplicable al margen de la protección especial destinada a las consumidores<sup>10</sup>.

Es por ello, por lo que el Banco en su oposición a la demanda alega en primer lugar la condición de no consumidora de la prestataria, en atención al destino del préstamo, financiar la compra de una oficina de farmacia, habiendo actuado así como profesional y no como consumidora. Asimismo se alegó que la cláusula forma parte del objeto principal del contrato (en alusión al pacto de intereses como objeto principal del contrato de préstamo) y que fue negociada y no impuesta, estando resaltada en el contrato. En último lugar, pone de manifiesto la entidad prestamista que el comportamiento de la actora puso de manifiesto que tuvo efectivo conocimiento de la cláusula en cuestión.

---

<sup>10</sup> Este hecho dificulta la comprensión del caso pues en función de la normativa invocada, el significado doctrinal habría variado sustancialmente.

El Juzgado de lo Mercantil, estimó la demanda. Partió de que la actora no tiene la condición de consumidora, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo. *"No obstante, sostuvo que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea un consumidor, pues en el Derecho nacional las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 LCGC. Así como que la exposición de motivos de LCGC mantiene que el control de contenido de las condiciones generales de contratación se rige por las normas sobre nulidad contractual. Considera no acreditado que la prestataria fuera consciente de la operatividad de la cláusula, ya que no se le había ofrecido información previa, comprensible y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertaban las mismas. Como consecuencia de lo cual, estimó la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato celebrado entre las partes<sup>11</sup>".*

La sentencia de apelación estimó parcialmente el recurso interpuesto por la entidad prestamista, considerando que "la información ofrecida a la prestataria había sido suficiente y cubría las exigencias positivas de oportunidad real de conocimiento de la cláusula suelo litigiosa por parte del adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no tratarse de una cláusula ilegible, ambigua, oscura e incomprensible. El denominado segundo control de transparencia únicamente es aplicable en contratos con consumidores. Considera probado que el elevado montante económico del contrato requirió un importante periodo de negociación dentro de los límites permitidos por las condiciones de la entidad demandada. La cláusula suelo es clara y no está enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultasen su identificación; y la demandante siempre tuvo constancia de su existencia a lo largo del iter contractual, hasta el punto de que obtuvo, en atención a su condición de cliente preferente, bonificaciones del banco, de manera tal que le fue aplicado un interés inferior al contractualmente pactado como atención de la entidad demandada<sup>12</sup>".

Por otra parte confirmó la sentencia de primera instancia en lo relativo a la consideración de la prestataria como no consumidora dada la finalidad del préstamo así como la naturaleza de condición general de la contratación de la cláusula suelo.

Disconforme con el fallo en apelación, la prestataria planteó recurso de casación por interés casacional, basado en un único motivo dividido a su vez en dos submotivos. En el primero de ellos se denuncia la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala del TS, fijada en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Auto que se dictó en aclaración,

---

<sup>11</sup> FD 1º, 5 STS 3 junio 2016 (RJ 2016/2306)

<sup>12</sup> FD 1º, 6 STS 3 junio 2016 (RJ 2016/2306)

de 3 de junio de 2013, relativo a la interpretación dada por el TS a los arts.5.1, 5.5 y 7 LCGC, sobre los requisitos de incorporación de condiciones generales a los contratos celebrados entre profesionales. Se cuestiona que no se haya aplicado el control de transparencia a la cláusula por tratarse de un profesional y sostiene la necesaria aplicación de los parámetros que dio aquella resolución para efectuar este control.

El segundo submotivo, invocando la sentencia de 9 de mayo de 2013, alude a la existencia de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que han aplicado parámetros similares a la mencionada sentencia para declarar la nulidad de la cláusula suelo inserta en contratos entre empresarios, siendo éstas contradictorias con otras Audiencias Provinciales que no han dado lugar a dicha nulidad.

El TS desestimó el recurso de casación confirmando la sentencia de apelación, si bien con un voto particular de uno de los Magistrados integrantes de la Sala, el Excmo. Francisco Javier Orduña Moreno, que se fundamenta en el análisis del caso desde el terreno axiológico o de los principios informadores del ordenamiento.

#### - SOBRE EL ALCANCE DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA

En primer lugar, realizar una observación previa, habría que plantearse la cuestión de la condición de la actora como profesional o consumidora, pues éste es presupuesto para la aplicación de una u otra normativa, hecho que ya se ha abordado como cuestión previa en el presente trabajo dado que la delimitación de dicho concepto no deja de plantear ciertas dificultades debido a las distintas concepciones habidas del mismo y que se han ido sucediendo tanto en derecho comunitario como interno<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Siguiendo a RODRIGUEZ ACHUTEGUI. E. "La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.5/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. (BIB 2016/21179) : *El art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU/1984), disponía: " A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden ".En esta definición destaca que se ampara a personas físicas y jurídicas, y que tienen que ser destinatarios finales de bienes, productos o servicios. Desde el punto de vista negativa el art. 1.3 LGDCU/1984 establecía que " No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros ".Tal forma de conceptuar la consideración de consumidor no se acomodaba correctamente a las exigencias del acervo de la Unión Europea. Ese elemento finalista que contiene el art. 1 LGDCU/1984 no era exigido en las Directivas que hubieron de transponerse a nuestro ordenamiento jurídico. Puede citarse en tal sentido el art. 2 b) de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, que define como consumidor a " toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional ". Es decir, según la citada directiva, lo esencial no es ser destinatario final del producto, bien o servicio adquirido, sino que quien lo contrata lo verifique con una finalidad diversa de su actividad empresarial no se centran, como hacía nuestra ley de 1984, en que sea destinatario final del producto, bien o servicio, sino que su intervención no sea propia de su actividad profesional. La discordancia entre el art. 1 LGDCU/1984 y las directivas que debían transponerse saltan a la vista.Ello explica que al aprobarse el vigente texto refundido mediante RDL 1/2007, de 16 de noviembre ( LGDCU/2007 ), el apartado III de su preámbulo explique: " el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que*

No obstante, en el presente caso, no se cuestiona la condición de profesional de la prestataria, a pesar de lo cual, tal y como establece SABATER BAYLE<sup>14</sup>, "*las sentencias de apelación y casación habían sentado conclusiones contrarias en cuanto a la validez de la cláusula, de donde cabría deducir que dicha cualidad no depende solamente de la condición de profesional o consumidora de la prestataria, sino de otros elementos más complejos que se refieren fundamentalmente a la doble (o triple) acepción del requisito de la "transparencia" que nos había brindado la jurisprudencia en la STS 241/2013 de 9 de mayo*<sup>15</sup>".

Esto enlaza directamente con lo que la sentencia fija como doctrina jurisprudencial, esto es, el control de transparencia y su aplicabilidad a los contratos de préstamo hipotecarios con cláusula suelo entre profesionales o empresarios, pues la mencionada sentencia declara inaplicable a los no consumidores su doctrina jurisprudencial de transparencia tras identificar el control de transparencia con el juicio directo de abusividad.

Para realizar este análisis, hemos de hacer una precisión; no existe unanimidad ni doctrinal, ni jurisprudencialmente, como pone de manifiesto el voto particular a la sentencia que estamos estudiando, sobre el verdadero alcance del control de transparencia. Por ello, en primer lugar trataremos de hacer una breve exposición de la actual configuración del control de transparencia<sup>16</sup> a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, tratando de simplificarlo al máximo posible pues existe una gran confusión en torno a los mismos, existiendo varios controles entrecruzados: control de inclusión , control de abusividad, control de transparencia simple, control de transparencia cualificado.

A raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 se establece un doble filtro de transparencia consistente en:

## 1. CONTROL DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación se formula principalmente en los arts.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación. Su art.5, apartados 1 y 5 dispone: "*Requisitos de incorporación. 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su*

---

*actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros ".El cambio es sustancial. Lo que caracteriza al consumidor es que interviene en un ámbito profesional o empresarial ajeno al propio. Por ello se altera la definición de consumidor en el vigente art. 3 LGDCU/2007 considerando que "... son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión "*

<sup>14</sup> SABATER BAYLE. E. "*Cláusula suelo válida*". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm.8/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A.U, Cizur Menor. 2016 (BIB 2016/80146).

<sup>15</sup> Sobre el control de transparencia, FD 5º.

<sup>16</sup> Configuración que no compartimos, pues como ya se ha dicho en otras partes del trabajo, habría de entenderse el control de transparencia como un control de inclusión cualificado, en que tiene cabida la comprensibilidad real del clausulado, no pudiendo limitarse el control de transparencia entre empresarios, a un filtro de comprensibilidad formal o gramatical.

*incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. En el apartado 5 añade " La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".*

El art.7 de la citada ley establece : *" No incorporación. 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 celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo en cuanto a éstas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

No parece que suscite especiales dudas este control, que se limita a la aplicación de los arts. 5 y 7 LCGC, y que se refiere a un control de incorporación "ordinario" consistente en dilucidar si la información que se facilita, y en los términos que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles<sup>17</sup>.

Estas exigencias también se encuentran establecidas legalmente en la normativa sectorial de la autoridad financiera sobre transparencia en operaciones bancarias (OM de 5 de mayo 1994 y Orden EHA 2899/2011 que impone a la Banca el sistema basado en la FIPER o Ficha de Información Personalizada de 1994) con la que los preceptos citados de la LCGC se solapan, habiéndose discutido si los bancos que superan dicho control sectorial de su actividad quedan exentos de otros que pueda establecer el legislador , o incluso la jurisprudencia, en el ámbito de protección jurídica de los adherentes. La propia sentencia 241/2013 de 9 de mayo se pronuncia al respecto en su FD Noveno. 178 . *"la existencia de una regulación de normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo objeto de esta litis".*

En conclusión, es un control de carácter objetivo, destinado a una mera comprensibilidad gramatical, que se reduce a la claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas que conforman las condiciones generales, hechos cuya carga de la prueba corresponde a la parte predisponente en todo caso. Tal y como establece la STS de 9 de mayo de 2013 en su FD 202 *"Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los*

---

<sup>17</sup> STS núm.242/2013 de 9 mayo 2013 (RJ 2013/) FD 200

*consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor."*, por lo que, siempre en este primer nivel, el debate se reconduce a determinar si en el supuesto litigioso se cumplieron las previsiones contenidas en aquella norma reglamentaria.

Los deberes de información previa al contrato establecidos en la Orden Ministerial de 1994 se resumen en la entrega al solicitante de un folleto informativo, de la posterior oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), la posibilidad de examinar la escritura durante los tres días anteriores al otorgamiento y la formalización del préstamo en escritura pública, con la obligación de que el notario informe a las partes y les advierta sobre las circunstancias del interés variable.

Se trata en definitiva de comprobar que la cláusula cumpla con los requisitos de claridad y concreción en su redacción, que sean dadas a conocer al adherente y no resulten oscuras o incomprensibles.

Por lo que se refiere a este control de incorporación, la LCGC no realiza distinción en función de los contratantes, en lo relativo a si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación mencionados se aplican a todos por igual, sean quienes sean los adherentes en la contratación seriada - consumidores o no-. Por tanto, este primer filtro resulta de aplicación tanto en el caso en que el adherente sea un profesional como un consumidor.

Así lo dispone entre otras<sup>18</sup> la SAP Córdoba, Sección 1ª, 30 de marzo de 2015 (JUR 2015/141573), la cual haciendo alusión a la doctrina sentada por el TS en su sentencia núm.241/2013 de 9 de mayo (RJ 2013/3088) : "recuerda 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: « 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 atenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC ( RCL 1998, 960 ) - [...] la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez - [...], 7 LCGC - [...] no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]»".

---

<sup>18</sup> La propia SAP de Córdoba hace alusión expresa a lo contenido en el FD 201 de la STS 9 mayo de 2013. En el mismo sentido se pronuncian SAP Pontevedra 5 febrero 2015(JUR 2015/46706) , SAP Córdoba 17 de julio (JUR 2015/252485), 21 de octubre (JUR 2015/33930) y 14 noviembre (JUR 2015/33944) de 2014, entre otras.

Así como la Exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, que establece "*Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.*"

**Por tanto, según el TS, y en lo que a nosotros nos interesa, adherentes de condiciones generales de contratación en préstamos con garantía hipotecaria no consumidores, se nos podría aplicar, este control de incorporación o inclusión.**

## 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA CUALIFICADO

El control de contenido aparece formulado en el art.8 LCGC: "*Nulidad. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las 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.*

Este segundo control atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, es decir, que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica del contrato –la onerosidad o sacrificio patrimonial que supone-, como la carga jurídica –especialmente, la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución del contrato-<sup>19</sup>. Así lo dispone la STS 241/2013 de 9 de mayo:

*" este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una merma de transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato". Conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta sala en la sentencia 406/2012 de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de una cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio" cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los*

---

<sup>19</sup>AGÜERO ORTIZ.A, "El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016." *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla la Mancha. 17 junio de 2016.



*presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".*

Alcance del segundo control de transparencia establecido por la STS 367/2016 de 3 de junio:

Este control de transparencia cualificado, diferente al mero control de inclusión, está reservado a las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con consumidores, así lo explica la propia sentencia en su FD 3º. 3, cuya rúbrica no deja lugar a dudas " *Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores*".

El TS ya en la STS 9 de mayo de 2013, al definir el doble control de transparencia, dejó sentado en su F.D. Decimosegundo que el doble filtro de transparencia descrito sólo resulta de aplicación a los contratos suscritos con consumidores.

Así se colige del propio título dado a dicho fundamento (*«El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores»*) y de lo resuelto en los párrafos 204 (*«es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores»*), 209 (cuyo enunciado es *«El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores»*), 210 (que funda el control de transparencia en el art. 80.1 TRLGDCU) y 215 (en el que se reitera a modo de conclusión que *«la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»*).

Asimismo, el epígrafe 211 de la citada sentencia de 9 de mayo establece que en los contratos suscritos entre profesionales y empresarios (no consumidores) sólo opera el control de incorporación, no así el control de transparencia, dado que el primero es insuficiente para comprobar si la información suministrada por la entidad ha permitido *«al consumidor 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 (...)»*.

Tal y como establece MARTINEZ ESCRIBANO<sup>20</sup>, parece claro, pues, que el alcance subjetivo del control de transparencia se limita a los consumidores. Ello es congruente con el soporte normativo en que el Alto Tribunal basa dicho control, que, según expone, tiene fundamento en lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el art. 80.1 TRLCU (epígrafes 205 a 215). Ambas normas regulan la protección de los consumidores y usuarios, señaladamente, en el ámbito de las cláusulas abusivas.

---

<sup>20</sup> MARTINEZ ESCRIBANO.C "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.133/2014 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. (BIB 2014/726).

Numerosas son las sentencias ya se pronunciaban con anterioridad a la STS núm. 367/2016 3 de junio de sobre improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, entre otras, las ya citadas con anterioridad de la SAP de Córdoba 30 de marzo de 2015 (JUR 20157141573), 17 de julio (JUR 2015/252485), 21 de octubre (JUR 2015/33930) y 14 noviembre (JUR 2015/33944) de 2014.

Y numerosas son ahora las Audiencias Provinciales que siguen la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la tan citada sentencia de 3 de junio de 2016 por la que se declara la inaplicabilidad del control de transparencia cualificado a cláusulas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados entre la entidad prestamista y un empresario o profesional, entre otras SAP Córdoba en sus sentencias 413/2016 de 13 de junio (JUR 2016/224177), 410/2016 de 12 de julio (JUR 2016/223361), SAP Zaragoza de 30 de junio de 2016 (JUR 2016/200937), SAP Soria de 20 de junio de 2016 (JUR 2016/190133).

Tras esta afirmación sobre el ámbito subjetivo de aplicación del control de transparencia cualificado, aclara las dudas suscitadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la existencia de un posible control de abusividad de las cláusulas no negociadas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales, FD 3.4 " *Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un "tertium genus" que no ha sido establecido legislativamente, dado que 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*".

### **2.1.2 Posibles remedios**

La única solución posible acogiéndonos a esta tesis sobre la extensión del control de transparencia es la siguiente:

1.- Nulidad de la cláusula suelo por incumplir el control de inclusión (arts.5.5 y 7 LCGC). La LCGC resulta de aplicación *con independencia de las cualidades personales del adherente* (persona física o jurídica) *o lo que es lo mismo, con independencia de que sea o no consumidor*.

En cuanto a este control, como ya hemos destacado en otras ocasiones, y tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia al respecto, exige que para que queden incorporadas al contrato las condiciones generales éstas han de ser claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas

antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía.

Recientemente la SAP de Salamanca, en su sentencia núm.363/2016 de 26 de septiembre (JUR 2016/226841) en la conceden la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor, en base a los arts.5 y 7 LCGC, en relación con el art.8.1 del mismo cuerpo legal, aplicando la actual doctrina jurisprudencial establecida por el Supremo, conviene destacar su FD 4 :

***"La típica cláusula suelo no solo ha de ser conforme en general a las leyes, a la moral y al orden público, así como respetar las reglas generales de buena fe y lealtad contractual, sino además, o como concreción de tales principios, han de incorporarse al contrato de manera que garantice al contratante una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración, o, en otras palabras, la oportunidad de conocer tanto la cláusula como las consecuencias jurídicas y económicas que asume como consecuencia de la misma en el seno de la relación contractual (cfr. arts. 5 y 7, en relación con el art. 8.1 LCGC ( RCL 1998, 960 )).***

*Adviértase que el art. 5 LCGC impone determinados requisitos para que la cláusula pase a formar parte del contrato y, por ende, resulte vinculante para las partes, y el art. 7 LCGC excluye la incorporación al contrato de las condiciones generales que "el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5" , así como de las condiciones generales que "sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato" .*

*El art. 8.1 LCGC sanciona con la nulidad de pleno derecho "las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención" .*

*Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto principal del contrato y por tanto tienen carácter esencial y los deberes de información al prestatario son igualmente exigibles en aquellos casos en que este sea un empresario o profesional. En estos casos es exigible y de aplicación el control de transparencia. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica en el preámbulo "La ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual " .*

*La protección de igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la L.C.G.C pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.*

*Por tanto en el caso enjuiciado y con total observancia de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en el Fundamento de Derecho Sexto deja constancia en el caso enjuiciado en atención al necesario respeto a los hechos probados y la inexistencia de prueba de abuso de posición contractual dominante, lo que procede examinar en las presentes actuaciones en atención a los hechos probados, es si precedió una negociación a la firma del contrato de la que se evidencia que a la demandante se le dio perfecto conocimiento de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio. De manera como dice el Tribunal Supremo que no puede afirmarse que la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que según el contrato suscrito, pudo tener la adherente y en su caso que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los Arts. 1256 y 1258 del Código Civil ( LEG 1889, 27 ) y 57 del Código de Comercio ( LEG 1885, 21 ).*

*La demandante es licenciada en farmacia y no hay prueba alguna que permita atribuirle especiales conocimientos financieros, tampoco hay prueba alguna que permita considerar que la cláusula controvertida fue negociada individualmente es más de la prueba testifical del empleado de la entidad bancaria, Don Rogelio , quien gestionó en nombre de la entidad el préstamo, se acredita según sus palabras textuales "que no se informó ni sobre la existencia de la cláusula suelo, ni sobre los efectos económicos que conlleva" y además hay un hecho de la propia demandada que tiene especial trascendencia, procedió a reducir el tipo mínimo un año al 2'75%.*

*A todo ello añadir que la redacción de la escritura es de gran complejidad y en el caso enjuiciado se concluye que en aplicación de los Arts. 5 y 7 en relación con el Art. 8 LCGC se sanciona con la nulidad la referida condición, pues la demandante no tuvo oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato las consecuencias económicas que representaba, en el seno de la relación contractual con el banco. De una condición que queda probado que no fue negociada individualmente, de la que según manifestó en el acto del juicio el empleado de la entidad bancaria, encargado de gestionar este préstamo, no se le dio conocimiento previo a la demandante de la existencia de una cláusula suelo y de sus consecuencias y antes de la interposición de la demanda y sin duda en atención a las quejas dirigidas de forma extraprocesal a la entidad, esta de forma unilateral procedió durante un año a reducir el límite mínimo del 3% al 2'75%.*

*De manera que aunque desde otro enfoque normativo se comparte la decisión del juez de primera instancia sobre la declaración de nulidad de la referida cláusula.*

*En la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, si bien a través de Voto Particular el magistrado que lo formula Don Francisco Javier Orduña Moreno, introduce cuando menos una didáctica reflexión acerca del ideal de la transparencia como nuevo principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales."*

**2.- Criterio para determinar la nulidad de una cláusula suelo entre profesionales: la buena fe contractual (arts.1258 y 57 CCom) . FD 5 STS 3 junio 2016 (La buena fe como parámetro de interpretación contractual).**

Aquí es donde radica la normativa que habrá de ser invocada por los abogados de los adherentes no consumidores, criterio que desarrollaremos en un epígrafe aparte por entender que es la única que, desde una perspectiva práctica, brinda la posibilidad de alcanzar con éxito las pretensiones de nulidad de una cláusula suelo - con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad financiera- contenida en un contrato de préstamo hipotecario suscrito por nuestro adherente no consumidor (siempre referido a autónomos, pymes y profesionales).

Tal y como establece la STS 3 junio de 2016, en su FD 5º *"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 artículos 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforma a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición; imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así el art.1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato"*.

Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente.<sup>21</sup>

La referencia en la exposición de motivos de la LCGC es clara: *"El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas*

---

<sup>21</sup> AGÜERO ORTIZ.A, "El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016." *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla la Mancha. 17 junio de 2016.

*predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.*

*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas."*

Esta misma solución ha sido declarada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, entre otras, sin ánimo exhaustivo: SAP Huelva 21 de marzo de 2014 (AC/2014/648), SAP Córdoba en sus sentencias 413/2016 de 13 de junio (JUR 2016/224177), 410/2016 de 12 de julio (JUR 2016/223361), SAP Zaragoza de 30 de junio de 2016.

## **2.2 Segunda tesis: Aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios.**

Esta tesis lo que propone es la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios, siendo posible anclar dicho control no sólo en el control de inclusión (que sería el primer filtro de transparencia meramente gramatical), sino también el control de transparencia real (el denominado control de transparencia cualificado). Tesis sostenida por el voto particular formulado por el Excmo. Francisco Javier Orduña Moreno a la STS 3 junio 2016, por la que se fija como doctrina jurisprudencial la inaplicabilidad de este segundo control a los profesionales<sup>22</sup>.

Parece interesante comenzar el análisis tomando las palabras de PERTIÑEZ VILCHEZ<sup>23</sup> la exclusión de los contratos negociados en los que el adherente sea un empresario del ámbito de abusividad por un defecto de transparencia, no es acertado, pues el fundamento de dicho deber de transparencia, del que la abusividad formal es una manifestación<sup>24</sup>, es la asimetría informativa existente entre quien redacta las condiciones en abstracto para un pluralidad de contratos y quien se limita a adherirse a ellas sin haber intervenido en su redacción. Esta inferioridad informativa es predicable tanto de adherentes consumidores como de adherentes empresarios. La razón de la

---

<sup>22</sup> Primera tesis a la que hemos hecho referencia en el presente trabajo

<sup>23</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ.F. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Editorial Aranzadi, Navarra. 2004. pp. 102-107.

<sup>24</sup> Esta distinción entre transparencia y abusividad, es nuevamente puesta de manifiesto por el Exmo. Javier Orduña Moreno en la reciente STS 3 de junio de 2016: "*La abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta, y la transparencia el instrumento o parámetro que permite llegar a esa dicha calificación, es decir, la transparencia es el enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausulado predispuesto*).

misma no es la desigualdad estructural del consumidor frente al empresario, sino de las particularidades negociales de las condiciones generales de la contratación, es decir, es un problema derivado de la predisposición en sí misma, no del "status" de consumidor. Sentando una afirmación a nuestro parecer más que evidente : no puede dejarse a un lado al adherente empresario como si a consecuencia de su supuesta profesionalidad en el tráfico de los negocios y su mayor capacidad, el mercado mismo le aportara transparencia.

Existen numerosas Audiencias Provinciales que se han mostrado partidarias de extender el control de transparencia a la contratación entre empresarios, sin ánimo exhaustivo SAP Cáceres 3 de junio de 2013 (AC/2013/1488), , SAP Zamora 28 enero 2015 (AC 2015/2014):

En su argumentación tal como establece la SAP de Cáceres en su FD 6 :

*"Otro de los motivos de apelación invocados se refiere al hecho de que uno de los demandantes no ostenta la condición de consumidor, ya que la entidad LOS CUQUILLOS, S.L., tiene por objeto social la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles. Esta entidad presentó junto con Don José Daniel y Don Faustino , demanda declarativa de nulidad y reclamación de cantidad frente a la CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA hoy LIBERBANK, S.A. La nulidad pretendida en la demanda se fundamentaba en el carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo hipotecario que los actores habían suscrito con la demandada, por falta de equilibrio en las prestaciones y obligaciones de ambas partes.*

*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 la Contratación ( RCL 1998, 960 ) 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 ( artículos 5 y 7 LCGC). Y tampoco puede concluirse que en el contrato celebrado por LOS CUQUILLOS, S.L., se cumplan los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, como ya se ha expuesto anteriormente, por lo que la conclusión ha de ser la misma que la aplicada al resto de los contratos impugnados".***

El Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Murcia 13 de marzo 2014 (JUR 2015/196417):

*"Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento. Y del análisis de la escritura de 29 de abril de 2002, y que obra en autos, que es aplicable al análisis de la escritura de 6 de junio de 2008, pues la demandada reconoce que aplica la cláusula suelo aquí por referencia a las condiciones de la escritura de 20 de abril de 2002, se*

*desprende que la cláusula suelo allí establecida no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad. A la anterior conclusión no obsta la alegación de la parte demandada de que el actor y prestatario principal no es un consumidor, pues no existiendo controversia sobre la no condición de consumidor de URIOSTE TECNOLOGÍA Y PLÁSTICOS SL, debe recordarse el apartado 201 de la mencionada STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) cuando afirma "**En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC (RCL 1998, 960) ~"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-**, 7 LCGC -"**[n]o 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 [...]"**-.*

La SAP de Zamora de 28 de enero de 2015 (AC/2015/1214) declara:

*En primer lugar debe ponerse de manifiesto que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, resulta de aplicación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo, en su artículo 2 , en el que se señala que la Ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional (persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial) y una persona física o jurídica (adherente), actuando ésta última en el ámbito de su actividad profesional o empresarial o no.*

(...)

*Es en atención a esta regulación que los criterios mantenidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 , pueden ser aplicados a los contratos suscritos entre un profesional y una persona jurídica que lo concierta al efecto de conseguir financiación para su actividad empresarial, puesto que dicha Sentencia considera que la cláusula que tratamos, aunque incida en un elemento esencial del contrato como es el precio, es una condición general de la contratación y, por ello, debe estar sometida al control de transparencia a que se refiere precisamente el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , aunque no resulte de aplicación la normativa protectora de los derechos de Consumidores y usuarios.*

Estas Audiencias tal y como establece SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, en contra del sentir mayoritario, se posicionan en el sentido de advertir que la cláusula suelo no cumple los requisitos de transparencia fijados por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, refiriéndose a los artículos 5.5. y 7 LCGC, y que por tanto no se produce su incorporación al contrato, en la medida en que la LCGC resulta de aplicación como ya



hemos dicho en innumerables ocasiones *con independencia de las cualidades personales del adherente y con independencia de que sea o no consumidor*.

Por tanto, se concibe el control de transparencia, en su vertiente de comprensibilidad real, como una forma de control de inclusión cualificada residenciada en los arts.5.5 y 7 LCGC y no en el TR-LGDCU.

Las empresas (Pymes) pueden estar sometidas al doble filtro de transparencia establecido jurisprudencialmente en la medida en que participan en el nuevo modelo de contratación seriada, por constituir éste un "auténtico modo de contratar", distinto del esquema tradicional del contrato por negociación, cuya regulación se ha mostrado insuficiente, y superada por la doctrina jurisprudencial, y por la de transparencia, en particular basada en la LCGC y no en la de consumo, tal y como ya advirtió la STS de 18 de junio de 2012, o la STS de 8 de septiembre de 2014, que en cierto modo viene a corregir los excesos producidos en la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088)<sup>25</sup>.

La falta de transparencia no conduce necesariamente a la abusividad de la cláusula sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del 4.2 de la Directiva debían reconducirse al control de inclusión de los arts.5 y 7 b) LCGC y no a la nulidad por abusividad de la cláusula.

### **2.3 Tercera tesis: Analogía**

Tesis que propone la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios a los empresarios o profesionales.

Nos pronunciamos en contra de esta opinión adhiriéndonos a lo establecido entre otros por PERTINEZ VELICHEZ<sup>26</sup>: *En la doctrina española se han ensayado diversas posibilidades de aplicación de la cláusula general del art.10 bis de la LGDCU a los contratos entre empresarios. Habiéndose propuesto aplicar por analogía el art.10 bis de LGDCU, sin embargo,, tal y como establece MIQUEL GONZÁLEZ<sup>27</sup>, el recurso a la analogía resulta insignificante cuando no hay propiamente una laguna legal, sino una deliberada voluntad del legislador de excluir del control de contenido los contratos entre empresarios.*

La propia STS de 3 de junio de 2016, aclara toda duda que pudiera quedar al en su FD 3.4 : *Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una*

---

<sup>25</sup> SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA.I. "Opacidades" y "transparencias" en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 755, págs.1357-1438. 2016.

<sup>26</sup> PERTINEZ VILCHEZ.F. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2004.

<sup>27</sup> MIQUEL GONZALEZ,M. *Comentario al art.8 de la LCGC 7/1998*. págs.454 y 455, con cita de LARENZ "no siempre que la ley guarda silencio hay una laguna, porque también hay un silencio elocuente".

*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 y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un "tertium genus" que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.*

#### **2.4 Cuarta tesis: Atribución de la condición de consumidor a los profesionales o empresarios**

Tesis que atribuye la condición de consumidor a los profesionales o empresarios, proponiendo la aplicación de la normativa de consumidores. No obstante en contra de esta opinión nos hemos pronunciado en la aclaración previa de este trabajo, en la que dejamos claro que los empresarios no son considerados ni desde el punto vista legal ni judicial consumidores.

Algunos ejemplos de ello son la SAP Córdoba 6 octubre 2015 (JUR 2016/5497), SAP Girona 4 de junio de 2010 (JUR 2010/388729) ; SAP Guipúzcoa de 12 de junio de 2000 (AC 2000/1463), SAP Huelva 21 de marzo de 2014 (AC/2014/648).

#### **2.5 Quinta tesis: Extensión de la nueva doctrina jurisprudencial por error-vicio del consentimiento (art.1261 CC) aplicable a la contratación de productos financieros complejos**

El TS, en los últimos años, ha dictado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre el error-vicio del consentimiento que aplica a la contratación de productos financieros complejos (preferente, swap...) por deficiente información en la fase precontractual, art.1261 CC : "*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

**1.º Consentimiento de los contratantes.**

**2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.**

**3.º Causa de la obligación que se establezca."**

Entre otras podemos mencionar la STS de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5395), en la que se solicita la nulidad de un contrato de préstamo y tres confirmaciones de swap por error vicio del consentimiento, se establece, habiendo entendido el juzgado que el banco había incumplido el deber de información sobre las características del producto y sus

riesgos, lo que había propiciado que el cliente hubiera llegado a concertar estos productos sin conocer realmente que riesgos asumía. La doctrina del supremo estableció que el hecho de que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales circunstancias, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los mismos (art.79 bis LMV), pone de manifiesto que esta información es imprescindible, para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. El desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero hacen que la representación mental que el cliente se hace de lo que contrataba sea equivocada, tratándose por tanto de un error que es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de dicha contratación. STS 3 febrero de 2016 (RJ 2016,2) para que el error resulte invalidante del consentimiento deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad. b) que el error no sea imputable a quien lo padece. c) un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. d) que se trate de un error excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.

Tesis que aún no se sabe si el Supremo utilizará a la hora de argumentar la estimación de una acción de nulidad por defecto de transparencia en caso de que el recurrente sea un adherente no consumidor (esto es, empresario, autónomo o pyme). No obstante, esta alegación, siguiendo nuevamente a RUIZ DE VALDIVIA<sup>28</sup>, no parece la correcta, pues tratándose de condiciones generales presupuestas en las que la negociación (y por tanto, el consentimiento del adherente) pasa a un segundo plano, frente al "deber especial" de predisponente de una información formal y real del adherente sea o no consumidor.

### **CAPITULO III. CÓMO ABORDAR UNA CLÁUSULA SUELO EN LOS CASOS DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR: LA BUENA FE CONTRACTUAL**

Como ya hemos mencionado anteriormente, debemos ser conscientes de que ésta es la línea que ha marcado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 3 de junio de 2016 -primera tesis expuesta- y que por tanto es la que habrán de seguir la mayoría de abogados de estos empresarios o profesionales, que entendemos son los grandes

---

<sup>28</sup> SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. "Opacidades" y "transparencias" en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755 . págs. 1357 a 1438. 2016.

olvidados, para lograr sus pretensiones de nulidad, el principio de buena fe contractual, arts.1258 CC y 57 CCom.

A continuación expondremos en qué consiste este principio de buena fe contractual, y adjuntaremos un ejemplo de demanda de nulidad, que a nuestro modesto entender, consideramos lograría con éxito alcanzar las pretensiones de nulidad de la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario cuyo adherente es un empresario (en el sentido que venimos exponiendo a lo largo de todo el trabajo, autónomo (profesional) o pequeños y medianos empresarios).

### **3.1 La buena fe contractual (art.1258 CC)**

La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ( RCL 1998, 960 ) indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

*«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas 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 Exposición de Motivos 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.

La STS 3 de junio de 2016 hace una remisión a las normas generales residenciando la eventual protección de los adherentes no consumidores de préstamos hipotecarios en el Código Civil y en concreto en materia contractual, hace alusión a la buena fe del art.1258 CC.

El art.7 CC:

- "1. Los derechos habrán de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*
- 2. La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso."*

El art.1258 CC dispone:

*"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento , y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."*

### 3.1.1 ¿ Que es la buena fe?

Siguiendo a DIEZ-PICAZO<sup>29</sup>, la llamada general a la buena fe contractual existe en los arts.1258 CC y art.57 CCom. La buena fe es una estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante. Esto quiere decir, que en materia contractual, pueden admitirse las siguientes conclusiones:

1º. Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberados u oscuridades.

2º. La buena fe, además de un punto de partida, ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas.

3º. La buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Las declaraciones de la voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo a la buena fe.

### 3.1.2 ¿Qué entiende el TS por buena fe?

La doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del art.1258 CC se concreta en la sentencia de 12 de julio de 2002 (RJ 2002/6047) según la cual **" la buena fe a que se refiere el art.1258 CC es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (sentencias de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995/8349);30 de junio (RJ 2000/6747) ) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato. Supone una exigencia de comportamiento**

---

<sup>29</sup> DIEZ-PICAZO.L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción teoría del contrato. Volumen I.* Civitas. Madrid.1996. Pág 398.

**coherente y de protección de la confianza ajena; de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida.**  
STS (30 de enero 2003 (RJ 2003/2024).

Juan, pequeño empresario, cliente del banco desde hace 15 años, sin conocimientos financieros especializados, incluso con ausencia total de los mismos pues carece de estudios universitarios, acude a su banco de confianza a pedir un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la adquisición de un local de negocio, refinanciar deudas, atender pagos de proveedores... cree contratar un préstamo a interés variable, así se lo han dicho en la entidad, así aparece destacado en negrita en la propia escritura de constitución del préstamo, sin embargo, no es eso lo que ha contratado; ha contratado un préstamo con garantía hipotecaria a interés fijo, un préstamo con un límite a la variabilidad de ese aparentemente interés variable , pero que no lo va a ser, será un tipo de interés fijo con un límite por debajo del cual ese interés no bajará en ninguna circunstancia.

¿Cómo podemos calificar dicha conducta del banco como un comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena? ¿ es coherente ofrecer préstamos a interés variable cuya variación a corto plazo era previsiblemente a la baja y establecer límites a dicha variabilidad? ¿pretenden con ello la protección de los pequeños empresarios y autónomos, sin conocimiento financiero alguno, que acuden precisamente a solicitar ayuda a sus entidades bancarias de confianza?

**La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar (precontrato) queda obligado, no solo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales.** (STS 8 julio 1981 (RJ 1981/3053) ; 21 septiembre 1987 (RJ 19876186) ).

¿Podemos entonces considerar acorde con la buena fe que un pequeño empresario quede obligado al pago de una cuota mensual resultante de aplicar un tipo de interés fijo, superior al índice de referencia (incluida la adición del diferencial y que comportaría el tipo de interés aplicable) que había contratado?¿ es esa la derivación natural del préstamo a interés variable que había contratado?

*En toda relación jurídica , en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada del consentimiento, **lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacer es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento** en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico , han suscitado con su conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a*

la buena fe y a la protección de la confianza.(STS 18 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3850). En igual sentido STS 30 enero 2003 (RJ 2003/2024)

Es este el caso de nuestro pequeño empresario, que sin ningún tipo de conocimiento financiero y para solventar precisamente sus problemas de financiación, acude a su banco de toda la vida, a adquirir un préstamo con garantía hipotecaria para financiar su propio negocio, en la creencia de que está contratando un préstamo a interés variable, que le permitirá beneficiarse de una eventual bajada de los índices de referencia, resultando que está contratando un préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza.

Por tanto, ¿quién falta a la buena fe? Especialmente clara en lo que ha de entenderse como un comportamiento acorde a la buena fe contractual es la STS 29 de 29 de enero 1965 (RJ 1965/262 ) que dispone :

*"Si los contratos generalmente nacen a la vida del derecho por el mero consentimiento, su finalidad es traducir en actos lo estipulado en ellos, llegando a su debida consumación en los propios términos que fueron perfeccionados, por eso la Ley, actuando cautelosamente y teniendo en cuenta que, aquellos términos, pueden adolecer de alguna deficiencia de previsión o de expresión, que dificulte su puesta en práctica, a la hora de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones contractualmente estipuladas, así como la posibilidad que, tras su perfección, se produzcan actos, hechos o circunstancias de evidente influencia sobre lo pactado, establece el fecundo y general precepto de que los contratos desde el momento de su perfección no solo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, factores, por tanto, que han de ser tenidos en cuenta, no solo como complemento de lo convenido, sino como reguladores de efectos que durante la vigencia del pacto, puedan y deban producir determinados acontecimientos y a la reacción ante los mismos de los propios contratantes. Por su carácter subjetivo y espiritual , el más destacado de tales factores y cuya presencia ya exige la Ley, en el mismo acto de la prestación del consentimiento, so pena de que, el contrato, adolezca de algún vicio capaz de invalidarle, es el de la buena fe, cuyo significado y alcance, mas se atisbe o intuye que define y concreta, pero en términos generales, ha de admitirse que se contradice o **falta a la buena fe, cuando la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionada de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella.** "*

Siguiendo las directrices marcadas por la STS de 29 de enero de 1965 (RJ 1965/262) :

- Falta a la buena fe quien finge ignorar lo que se sabe y se oculta la verdad a quien no puede conocerla: Las entidades bancarias comprenden el comportamiento del mercado y de los índices de referencia a corto/medio plazo, hacer contratar a sus clientes, pequeños y medianos empresarios o autónomos sin ningún tipo de conocimiento

financiero préstamos, muchos de ellos incluso sin carreras universitarias o con ellas, pero con una ausencia total de conocimientos financieros, que pretenden contratar un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir sus locales de negocio, refinanciar sus deudas... a un tipo de interés variable, insertando un suelo, de forma tangencial por cierto, junto con un techo como aparente contraprestación, suelo por el cual el préstamo a interés variable pasa a serlo a interés fijo, impidiéndoles beneficiarse de cualquier bajada de los tipos de interés.

Los bancos conocen el previsible comportamiento de los índices de referencia (a corto plazo) y a pesar de ello, venden un préstamo a interés variable que previsiblemente se comportará como un préstamo a interés fijo, impidiendo a estos pequeños empresarios beneficiarse de cualquier bajada de los tipos de interés.

- Falta a la buena fe quien va en contra de los actos propios: los bancos ofrecen un tipo de interés variable, la cuota de pago se calculará aplicando al índice de referencia, generalmente el EURIBOR, un margen porcentual fijo, no siendo esto así pues crean una apariencia de variabilidad que no va a ser tal, pues lo que van a aplicar es un porcentaje fijo, suelo, que impedirá a nuestro pequeño empresario o autónomo cualquier beneficio derivado del préstamo que creyó contratar, préstamo a interés variable.

- Falta a la buena fe quien realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación: se encuentra entre una abrumadora cantidad de datos, fórmulas matemáticas, que ocultan el verdadero reparto de riesgos que nuestro pequeño empresario está asumiendo, de la verdadera obligación de pago que está asumiendo, no se verá beneficiado por la bajada de los tipos de interés, pues su contrato de préstamo tiene una limitación a la variabilidad del interés de la que precisamente se beneficiará el banco, que aplicará un tipo de interés superior -"cláusula suelo"- al que aparentemente se había contratado: EURIBOR + diferencial, beneficiándose de la bajada a corto plazo del índice de referencia (EURIBOR), bajada que para dicha entidad, no así para nuestro empresario que ni tan si quiera sabía que tenía esa limitación es un contrato, supone un beneficio.

- Falta a la buena fe quien crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella: el pequeño empresario o autónomo acude a su banco de toda la vida para obtener financiación: adquirir su local de negocio como hemos dicho, refinanciar sus deudas... hablamos de clientes con una total ausencia de conocimientos financieros en muchos casos, es por ello por lo que acuden a su banco de confianza, para obtener una solución a sus problemas. El banco les ofrece la solución contratar un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, conociendo éstos el comportamiento de los tipos a corto plazo. Crean una apariencia jurídica, aparentan ofrecer un contrato de préstamo a interés variable, pero ello no es así, de forma tangencial, tras conjunto exhaustivo y extenso de datos sobre criterios relativos al cálculo del interés, con indicación de las fórmulas matemáticas aplicables y descripción de conceptos, indican la existencia de una limitación a la variabilidad del interés aplicable.



Ni tan si quiera en momento alguno indican de forma clara y directa los efectos de dicha limitación, ni tampoco los términos que la componen, no explican el previsible comportamiento a corto plazo que tendrán los tipos de referencia mencionados, pues era altamente previsible la caída de los tipos de interés.

Es imposible que esta conducta pueda encuadrarse dentro de la buena fe, cómo no se va a proteger a estos pequeños empresarios y autónomos carentes de especializados conocimientos financieros, si es que tienen si quiera conocimiento financiero alguno, de esta conducta desleal de las entidades financieras que comienzan hablando de la nota fundamental para el cliente y que le lleva a contratar ese préstamo del que pretende obtener un beneficio, esto es, la variabilidad del tipo de interés, se exponen fórmulas para calcular las cuotas de amortización, se habla de diversos tipos, nos dan métodos para su cálculo, nos hablan de índices de referencia como el EURIBOR, y nos lo definen, nos hablan incluso de índices sustitutivos en caso de desaparecer el EURIBOR, se habla de diferenciales y después de una manera SUBREPTICIA, en apenas una línea introducen una estipulación tercera bis del siguiente tenor:

*"Limites a la variabilidad del tipo de interés: Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan, que en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 6,65% anual".*

La introducción de una cláusula de esta forma, cláusula que afecta directamente tanto a la carga económica como jurídica que asumirá el prestatario no se corresponde con un comportamiento honrado, justo, leal. La abrumadora cantidad de datos ofrecida por la entidad con anterioridad a la enunciación de dicha limitación a la variabilidad del tipo de interés, no pretende en modo alguno una mayor información del cliente, o mayor comprensibilidad de lo que se está contratando, la finalidad, es la creación de una apariencia que no es tal, la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, cuando en realidad lo que se está contratando es un préstamo a interés fijo, y ello es así pues resulta imposible que cualquier persona pueda tener conocimiento del significado y verdadero alcance que dicha limitación tiene, así como su posible y efectiva incidencia en el contenido de su obligación de pago, a través de la mera enunciación que ni tan si quiera explica de forma clara y directa su verdadero significado, esto es, la contratación de un préstamo a interés fijo, con el cual jamás se podrá beneficiar de una eventual bajada, como así se produjo, de los índices de referencia.

**Por tanto, ¿cómo se puede mantener que este comportamiento de la entidad bancaria es acorde con la buena fe? En modo alguno puede sostenerse que estamos ante un comportamiento leal, justo, honrado, que colme las legítimas expectativas de ese pequeño empresario que contrata un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable para financiar su pequeño negocio , y que habrá de pagar durante 30 años un préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza.** Estamos por tanto ante un abuso de la posición dominante de la entidad bancaria, quien pone las condiciones, no se discute que sean condiciones generales de la contratación puesto que

es evidente que lo son, aprovechando esa predisposición, la falta de conocimientos financieros de nuestro empresario, de la confianza que le han depositado para solventar sus problemas, pues como ya hemos dicho un 80% de los autónomos y pymes acuden a la financiación bancaria. Estamos claramente ante una cláusula nula por abusiva, por contrariar la buena fe contractual del artículo 1258 CC.

### **3.3 ¿Cómo se aplica la buena fe a una cláusula suelo?**

Conforme al Preámbulo de la LCGC ( RCL 1998, 960 ), puede ser nula una condición general de la contratación entre empresarios cuando: "*sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*". De esta forma, el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe el principal escudo.

Esta buena fe, como ya ha entendido el Tribunal Supremo hay que entenderla en sentido objetivo, como criterio de valoración de determinadas conductas que tiene en cuenta las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico.

Siempre que, como consecuencia de lo pactado en una estipulación, en este caso sobre la determinación del pago de un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, se genere un desequilibrio contractual injustificado y favorable a la parte más fuerte (en este caso, sin causa de justificación alguna, se limita la posibilidad de que el prestatario disfrute totalmente de la bajada del tipo de interés), existirá carencia de esa buena fe objetiva que implica un comportamiento honrado y justo.

No puede haber buena fe cuando el suelo satisface el interés de la entidad prestamista de asegurarse una mínima rentabilidad del 3,75 % ; 4,4 % in incluso 6,5% si baja el EURIBOR a determinados niveles, en ocasiones incluso a cambio de incorporar un techo, 8%, 12% absolutamente inalcanzable en nuestros días, y por tanto satisfaciendo solamente el interés del prestatario.

Cabe destacar también que estos suelos establecidos, están por encima de la media del EURIBOR, pues, desde la creación del mismo en el año 1999, la media del mismo ronda en el 2,90 % . . Por lo que no parece que haya un equilibrio o semejanza, sino un abuso de posición dominante, es más, existiría un mayor equilibrio entre unos suelos del 1,2% o 2% y unos techos del 5,5 % o 6%, quedando así ambas partes cubiertas ante eventuales subidas o bajadas de los tipos de interés.

Por tanto, estas cláusulas son claro expositivo de la situación de abuso de posición dominante que el legislador ha identificado y regulado como determinante de nulidad de la condición general que afecta a una mercantil (hablamos de pymes y autónomos) que comporta un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y que es contraria a la buena fe.

La posibilidad de declarar el abuso de posición dominante por parte del demandado abarca tanto a contratos con clientes consumidores, como con empresas, personas jurídicas, debiéndose recordar que el [artículo 2 LCGC](#) dispone:

*" Artículo 2. Ámbito subjetivo.*

*1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica- adherente-.*

*2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.*

*3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad".*

Ello va en consonancia con la declaración de la Exposición de Motivos de la referida LCGC, que en su Preámbulo señala:

*" La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".*

*"Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas 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..."*

En conclusión, podríamos decir, que las cláusulas suelo entre empresas (dado el actual concepto de consumidor tanto nacional como comunitario, del que quedan excluidos pymes, autónomos y profesionales) aún consideradas en sí mismas lícitas (tal y como ha aclarado el Supremo), son contrarias a la buena fe en la medida en que el comportamiento de la entidad financiera supone una alteración subrepticia de la carga económica del contrato, a partir de una estrategia medida por las entidades financieras consistente en presentar una oferta que no es real, pues omite la existencia de limitaciones a las variaciones a la baja del tipo de referencia, y por tanto, son "abusivas", no porque determinen que el precio del préstamo sea caro, sino simplemente

porque implica que el precio del crédito es distinto al que se creía legítimamente haber pactado, al no permitir al cliente bancario, sea éste consumidor o empresario, aprovecharse en toda su extensión de las variaciones a la baja del tipo de interés al que se referenció el préstamo.

Estas cláusulas se incluyen en el contrato de préstamo con un tratamiento impropiaamente secundario, que provoca, como hemos dicho, una alteración subrepticia del precio del crédito sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual, constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable. Son de carácter sorpresivo ya que el cliente, sea éste consumidor o empresario, cree haber firmado un préstamo a interés variable, cuando en realidad, resulta ser un préstamo a interés fijo, por lo que se constata que ha habido un engaño.

En esta conducta descrita, llevada a cabo por las entidades bancarias, no cabe diferenciación entre que el adherente sea un profesional o un empresario, pues lo que enjuicia la buena fe, es el comportamiento objetivo del banco, y éste es deshonesto, no es coherente, pretende engañar, conculca las legítimas expectativas del adherente.

### **3.2 Caso práctico: demanda de nulidad**

Nos proponemos poner un caso real en el que un pequeño empresario solicita un préstamo con garantía hipotecaria- el cual contiene una cláusula suelo- para financiar su actividad profesional, ejemplo que pone de manifiesto la situación del 99,2 % del tejido empresarial español, el cual como ya hemos dicho, acude en un 80% a la financiación bancaria.

#### **CASO:**

Don Juan Pérez Martín es un pequeño empresario, tiene un pequeño negocio relacionado con la industria textil, una tienda de ropa en su pueblo: Ciudad Rodrigo. Don Juan es un señor sin estudios universitarios, actualmente se encuentra jubilado. Como consecuencia de la crisis económica tuvo que hipotecar su patrimonio individual para poder seguir cumpliendo con los proveedores, y refinanciar una serie de deudas.

Por tanto, Don Juan acude a su banco de toda la vida, les explica su situación y el banco le manda hipotecar su patrimonio individual pues tiene una casa que recibió de herencia. En la escritura de préstamo hipotecario se encuentra inserta una cláusula suelo del 6,5 % para un préstamo por cuantía de 30.000 euros y además le fijan un valor de tasación de la vivienda de 90.000 euros.

El banco por tanto, cuenta con la garantía hipotecaria sobre una vivienda tasada en 90.000 euros para responder de un préstamo de 30.000 euros, que encima se trata de una segunda vivienda, por lo que banco se podrá adjudicar la vivienda por la cantidad que se

le deba en todos los conceptos sin estar sujeto a los mínimos existentes en vivienda habitual, art.671 LEC.

## **AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE CIUDAD RODRIGO**

**MARIA GONZALEZ PEREZ**, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación en nombre y representación de **DON JUAN PEREZ GARCIA**, con DNI 70907789-C , vecino de Ciudad Rodrigo, con domicilio en C/Mayor 23, cuya representación acreditaré por medio de poder *apud acta* que se otorgará en la Secretaría de este Juzgado, y asistido del Letrado perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, Don Francisco Cortázar López, comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO:**

Que por medio del presente escrito, siguiendo instrucciones expresas de mi mandante, formulo **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO EN EJERCICIO DE ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN**, frente a la entidad **BANCO VILLASECO S.A**, y domicilio, a estos efectos, en Avda. Alfonso X , número 3, de Ciudad Rodrigo, con base en los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de junio de 2002 mi representado, Don Juan Pérez Martín , contrató con la entidad, BANCO RODRIGO S.A, un préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante el Notario de Ciudad Rodrigo Carlos Ruiz Ruiz, con número 1.234 de su protocolo, para atender a los pagos de sus proveedores así como la refinanciación de una serie de deudas derivadas de su negocio. Se adjunta escritura de préstamo con garantía hipotecaria como documento nº 1.

Como garantía de dicho préstamo hipotecó su patrimonio individual, concretamente una casa que había recibido en herencia de sus padres. Se adjuntan como documentos nº 2 y 3, certificado de defunción del padre, así como copia del testamento. Dicha vivienda, que se trata de una segunda vivienda, se encuentra sita en Ciudad Rodrigo, C/ de los Arcos nº 23., con una superficie construida de cien metros cuadrados. Dicha vivienda se halla inscrita en el Registro de la Propiedad Nº 1 de Ciudad Rodrigo, al Tomo 323, Libro 387, Folio 19, Finca registral número 2.345.

Esta hipoteca se constituyó en garantía del pago de un préstamo de 30.000 EUROS (30.000,00 €) de principal, TRES MIL EUROS (3.000,00 €) de intereses ordinarios, DOCE MIL SEISCIENTOS (12.600,00 €) de intereses de demora y SEIS MIL EUROS (6.000,00 €) para costas y gastos.

En cuanto al tipo de interés nominal anual aplicable al capital dispuesto y pendiente de amortizar, en cada periodo de interés se estableció su determinación mediante la adición de un margen constante de SETENTA PUNTOS al valor que represente el tipo de interés de referencia aplicable, que sería la REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO (Euribor a un año), esto es, el tipo de interés aplicable sería EURIBOR + 0,70%.

Pues bien, el interés aplicable no era tal, pues en el apartado relativo al tipo de interés nominal anual aplicable, tras establecer un conjunto exhaustivo de datos financieros y fórmulas matemáticas aplicables: en primer lugar se establece un tipo de interés nominal anual fijo para un periodo de entre doce y seis meses, posteriormente se fija la fecha de inicio del devengo de los intereses, periodicidad, forma de liquidación ordinaria, así como fórmulas matemáticas para su cálculo. Posteriormente aparece resaltado en negrita y en mayúsculas el tipo de interés VARIABLE que se habrá de aplicar supuestamente durante el resto de la vida del préstamo, su fórmula de cálculo: tipo de referencia + diferencial, se describe el tipo de referencia, que es la referencia interbancaria a un año (EURIBOR), a continuación nos explican la posibilidad de aplicación de un índice de referencia sustitutivo y finalmente de forma SUBREPTICIA, dispone la denominada *cláusula Tercera bis "límite de la variabilidad del tipo de interés"*

*"sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo no podrá ser inferior al 6,5% nominal anual".*

Es decir, se está estableciendo un límite a la variabilidad del tipo de interés aplicable al préstamo, limitación a la baja o "cláusula suelo" por debajo de la cual el interés no va a bajar en ninguna circunstancia, no pudiendo por tanto mi representado beneficiarse en ningún caso de una eventual bajada de los tipos de referencia.

A través de una mera enunciación de forma tangencial, al final de la cláusula rubricada "TIPO DE INTERÉS VARIABLE" se incluye una cláusula que supone una limitación a la variabilidad del tipo de interés aplicable al préstamo, limitación a la baja o "cláusula suelo" que convierte dicho préstamo con interés variable en un préstamo con tipo fijo.

Resulta imposible que creer que cualquier persona sin conocimientos financieros especializados como es el caso de mi representado, que posee una pequeña tienda de ropa, pueda comprender el real reparto de riesgos y el verdadero contenido de la obligación de pago que está asumiendo, a través de esta tangencial enunciación, tras este conjunto de fórmulas aplicables descrito, en el que lo único que se destaca precisamente es la variabilidad del interés aplicable al préstamo hipotecario - tras el

periodo fijo inicial de amortización- que en realidad está contratando un préstamo hipotecario a tipo fijo, variable exclusivamente al alza.

Todo ello en suma evidencia un total falta de buena praxis bancaria al restar importancia a la cláusula suelo introducida, sin profundizar absolutamente nada en ella, dándole un tratamiento impropio secundario, cuando por el contrario debería establecerse de manera clara y precisa, otorgándole una situación principal, fácilmente legible y comprensible por quien va a contratar ya que es esta cláusula de la que va a depender toda variación que se supone tendrá el tipo de interés, cláusula por la que a pesar de contratar un préstamo con un tipo de interés variable, en realidad nos encontramos ante un tipo fijo, por debajo del cual no va a bajar el interés en ninguna circunstancia.

**SEGUNDO.-** Que a día de hoy, a mi representado se le está aplicando un tipo de interés del 6,5%, cuyo verdadero alcance y efectos, reiteramos, en ningún momento fueron advertidos por la entidad financiera, pues resulta imposible pensar que para un pequeño empresario con ausencia de conocimientos financieros, o en todo caso un conocimiento mínimo, pueda entender que tras contratar un contrato de préstamo a interés variable, en realidad nos encontremos ante un tipo de interés fijo, por debajo del cual no va a bajar el interés en ninguna circunstancia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **-I-**

#### **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

**I.1.- JURISDICCIÓN.-** Corresponde a la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 21.1 de la LOPJ.

**I.2.- COMPETENCIA OBJETIVA.-** Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el art. 85 de la LOPJ.

**I.3.- COMPETENCIA TERRITORIAL.-** Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Ciudad Rodrigo de conformidad con lo dispuesto en el art.52.1.14º de la LEC, por ser éste el domicilio del demandante.

### **-II-**

#### **CAPACIDAD**

Los litigantes ostentan la suficiente capacidad procesal a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**-II-**

## **LEGITIMACIÓN**

**II.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA:** La legitimación activa le corresponde a mi representado por ser parte del contrato préstamo con garantía hipotecaria cuya nulidad parcial se pretende

**II.2 LEGITIMACIÓN PASIVA:** La legitimación pasiva le corresponde a la entidad demandada por ser parte del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con mi mandante cuya nulidad parcial se pretende.

**-III-**

## **REPRESENTACIÓN Y POSTULACION**

De conformidad con los arts.23 y 31 de la LEC está representado mi mandante por el Procurador que suscribe, habilitado para ejercer en el territorio del Juzgado al que nos dirigimos, y asimismo asistido del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca Don Francisco Cortázar López.

**-IV-**

## **PROCEDIMIENTO**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 251 LEC el JUICIO ORDINARIO es el cauce por el que se deberá de solventar este procedimiento.

**-V-**

## **CUANTIA**

En base al artículo 251 de la LEC fijamos la cuantía del procedimiento como indeterminada.

**-VI-**

## **FONDO DEL ASUNTO**

**Primero.- CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN**



En primer lugar, y de conformidad con el art.1 de la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) : *"son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*.

La estipulación tercera, del contrato de préstamo hipotecario cuya nulidad parcial se pretende, es una condición general de la contratación. Reúne los requisitos establecidos tanto por la LCGC como por el TS (STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) FD 136 y 137 :

*"136. El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que "[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*.

*137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

*a) **Contractualidad:** se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

*b) **Predisposición:** la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*c) **Imposición:** su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula."*

*d) **Generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse."*

Dicha cláusula se encuentra inserta en un contrato de préstamo (contractualidad), no ofrece duda alguna de que se está ante cláusulas contractuales, suscritas por las partes contratantes. En cuanto a la predisposición (predisposición), es un hecho indiscutido que nos encontramos en un sector de la realidad social que presenta caracteres definitorios, el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido, considerando que es

notorio que determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados - si se desea su obtención deberán acatarse las condiciones predispuestas- entre estos sectores están los servicios bancarios y financieros, como de hecho sucede en este caso, en que la cláusula ha sido impuesta por el banco. Asimismo ha sido incorporada a una pluralidad de contratos (generalidad) que los clientes pueden aceptar o rechazar (imposición) pero no ha existido una posibilidad real de negociar de forma individualizada. Ha sido redactada con independencia de mi representado, y sin posibilidad alguna de negociación.

## **Segundo.- CONTROL DE TRANSPARENCIA**

Es un hecho pacífico que mi representado es un empresario, adquiere el préstamo con garantía hipotecaria para obtener financiación para su negocio, por lo que de conformidad con el art.3 TR-LGDCU, se encuentra excluido del concepto de consumidor, en el que lo determinante es el destino de los fondos, siendo estos para incorporarlos a su actividad empresarial o profesional. Art.3 TR.LGDCU:

*"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

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

Por lo que serán de aplicación en cuanto al denominado control de transparencia, el primer control de inclusión, residenciado en la LCGC, el cual en virtud de su art.2 ámbito subjetivo: *es aplicable con independencia de que el adherente sea consumidor o no.*

Así lo ha determinado la jurisprudencia en numerosas ocasiones : tanto el TS como las Audiencias Provinciales, la [STS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) cuando afirma *"En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los [artículos 5.5 LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) ~"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"[n]o 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 [...]"-*.

Pues bien, dicho control de incorporación tal y como aparece en la sentencia se encuentra recogido en los arts.5.5 y 7 LCGC:

**"Art.5.5 LCGC. Requisitos de incorporación.** La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

**Art. 7 LCGC. No incorporación.** 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."*

El control de incorporación no se ha superado por cuanto la cláusula suelo cuya nulidad se pretende no cumple con los requisitos de claridad, transparencia y sencillez, se trata de una cláusula ambigua, enmascarada dentro de un conglomerado de datos financieros y fórmulas matemáticas aplicables, en la que no se destaca de ninguna manera, ni en negrita ni en mayúscula, como si se hace con la rúbrica "tipo de interés variable", que se trata de una limitación a la baja o "suelo" del tipo de interés aplicable al préstamo, por debajo de la cual, en ningún caso el tipo de interés bajará.

Constituye ya doctrina jurisprudencial establecida por la STS de 3 de junio de 2016, que el segundo filtro de transparencia o control de comprensibilidad real, establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, tan sólo es aplicable a consumidores y usuarios, no así a empresarios o profesionales que habrán de residenciar la eventual nulidad de una cláusula en las normas contractuales generales, la buena fe del art.1258 del Código Civil: FD 4 : *Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.*

*1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.*

*2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ( sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15*

*de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre ).*

*Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 138/2015, de 24 de marzo , que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato:*

*«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».*

***3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y 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 Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 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.*

***4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido***

establecido legislativamente, dado que 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.

Estableciendo en su FD 5: *La buena fe como parámetro de interpretación contractual:*

*"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. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 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, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); 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."*

### **Tercero.- BUENA FE CONTRACTUAL (art.1258 CC)**

Parámetro establecido tanto por la **Exposición de Motivos de la LCGC**:

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

*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas."*

Como por la reciente sentencia del TS de 3 de junio de 2016, ya extractada en el Fundamento anterior.

Pues bien, el **art.1258 CC** dispone: *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento , y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."*

La doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del art.1258 CC se concreta en que la buena fe se refiere a un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal, que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato. Supone la existencia de un comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena.

En modo alguno podemos hablar de que la entidad haya tenido un comportamiento legal, honrado, justo , coherente y de protección de la confianza ajena. Falta a la buena fe cuando mi representado, sí, empresario, con una pequeña tienda de ropa en ciudad Rodrigo, ausencia de estudios universitarios y de conocimientos financieros, va a su banco de confianza, del cual lleva siendo cliente toda la vida, le expone su necesidad de financiación para atender a los pagos de sus proveedores, y refinanciar una serie de deudas y se "vende" un préstamo hipotecario a interés variable, estableciendo de manera subrepticia una cláusula que variará de forma sustancial el contenido de su obligación de pago, pues en el caso, y como de hecho ha sucedido, el préstamo a interés variable, se convertirá y se ha convertido en un préstamo a interés fijo, por debajo del cual nunca bajará el interés.

Especialmente esclarecedora en cuanto a lo que se entiende por faltar a la buena fe, la STS de 29 de enero de 1965 la cual dispone : " **ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, al uso y a la ley, cuando con la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella**".

La conducta seguida por el BANCO RODRIGO S.A, encuentra pleno encaje en esta definición dada por el Supremo en torno a lo que ha de entender por faltar a la buena fe.

- Falta a la buena fe quien finge ignorar lo que se sabe y se oculta la verdad a quien no puede conocerla: Así lo ha puesto de manifiesto la demandada, entidad bancaria que comprende el comportamiento del mercado y de los índices de referencia al menos a corto plazo, y que hace contratar a Don Juan, mi representado, un pequeño empresario poseedor de una tienda de ropa en Ciudad Rodrigo, con ausencia de estudios universitarios, sin conocimientos financieros especializados, un préstamo con garantía hipotecaria a un tipo de interés variable para atender los pagos de sus proveedores, y refinanciar una serie de deudas, insertando un suelo, de forma clandestina por cierto, junto con un techo como aparente contraprestación, suelo por el cual el préstamo a interés variable pasa a serlo a interés fijo, impidiéndole beneficiarse de cualquier bajada de los tipos de interés.

La demandada, entidad bancaria que conoce el previsible comportamiento del mercado a corto plazo, "vende" un contrato de préstamo hipotecario a interés variable a nuestro representado, que se comportará como un préstamo a interés fijo, ocultando el previsible comportamiento (que si era capaz de conocer a corto plazo) a mi representado, pues ¿cómo cabe entender que mi representado, un pequeño comerciante con una tienda de ropa en Ciudad Rodrigo, sin estudios universitarios si quiera, supiese que los tipos iban a bajar? ¿cómo iba a saber que si le ofrecen un préstamo hipotecario a interés variable iba a contratar en realidad un préstamo a interés fijo?

- Falta a la buena fe quien va en contra de los actos propios: La doctrina de los actos propios impone el deber de coherencia o vinculación del comportamiento realizado, limitando el ejercicio de los derechos subjetivos en sentido opuesto a la confianza suscitada o creada .

Banco Rodrigo S.A, ofrece un contrato de préstamo con un tipo de interés variable, en el que la cuota de pago se calculará aplicando al índice de referencia, generalmente el EURIBOR, un margen porcentual fijo, generando en mi representado la confianza de que podrá beneficiarse de una eventual bajada de los tipos de referencia, no siendo esto así, pues lo que van a aplicar es un porcentaje fijo, suelo, que impide a mi representado cualquier beneficio derivado del préstamo que creyó contratar, préstamo a interés variable.

- Falta a la buena fe quien realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación: Banco Rodrigo S.A, aprovecha la asimetría existente entre ella y mi representado, redacta las condiciones de forma tal - entre una abrumadora cantidad de datos, fórmulas matemáticas- que oculta el verdadero reparto de riesgos que mi representado está asumiendo, de la verdadera obligación de pago que está asumiendo, no se verá beneficiado por la bajada de los tipos de interés , pues su contrato de préstamo tiene una limitación a la variabilidad del interés de la que precisamente se beneficiará el banco, que aplicará un tipo de interés superior -"cláusula suelo"- al que aparentemente se había contratado: EURIBOR + diferencial, beneficiándose de la bajada a corto plazo del índice de referencia (EURIBOR), bajada que para dicha entidad, no así para Don Juan, que ni tan si quiera sabía que tenía esa limitación es un contrato, supone un beneficio.

- Falta a la buena fe quien crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella: Mi representado acude a su banco de toda la vida, de confianza, para que le ofrezca una solución a sus problemas financieros y así poder atender los pagos a sus proveedores y refinanciar otra serie de deudas. La demandada le ofrece la solución: contratar un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, conociendo ésta el comportamiento de los tipos a corto plazo. Crea una apariencia jurídica, gracias precisamente al hecho de que las cláusulas contractual se encuentran predispuestas, redactadas por la propia entidad, limitándose mi adherente a aceptarlas o rechazarlas, así entre una abrumadora cantidad de fórmulas matemáticas y otros datos financieros, aparenta ofrecer un contrato de préstamo a interés variable , no siendo esto así pues, de forma tangencial, tras ese conjunto exhaustivo y extenso de datos, indica la existencia de una limitación a la variabilidad del interés aplicable.

No puede ser más esclarecedor este análisis, la entidad financiera, y predisponente de las condiciones a las que mi representado se ha limitado a adherir, ha aprovechado tanto el hecho de redactar las condiciones ella misma, haciéndolo de una forma oscura y ambigua, como la falta de conocimientos de mi representado, por tratarse éste de un pequeño empresario sin estudios universitarios, y de la confianza depositada por éste en la entidad, al ser su banco de toda la vida y tener conocimientos financieros especializados, para obtener un claro beneficio en perjuicio de mi representado, que ha visto frustradas las legítimas expectativas que tenía depositadas en el préstamo contratado, beneficiarse de una eventual bajada de los tipos de interés, cuando esto no va a ocurrir en ningún caso, siendo la única beneficiada la entidad bancaria que a pesar de la bajada del EURIBOR, aplicará un tipo de interés superior, el establecido en esa cláusula suelo.

#### **Cuarto.- Nulidad parcial de los contratos**

La nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su existencia.



## **Quinto.- Retroactividad limitada de la sentencia**

Resume la Sentencia del Tribunal Supremo nº 222/2015 la doctrina existente en la materia:

*“Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la Sentencia de Pleno de 9 mayo de 2013, ratificada por la de 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo de 2013.”*

*“La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros.*

*Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya entablado tiene que continuar por no acceder la entidad financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la Sentencia número 139/2015, de 25 de marzo, a partir de la sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, ya no puede afirmarse la buena fe, en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.”*

**-VII-**

## **COSTAS**

Resulta de aplicación el artículo 394 LEC, regulador de las costas procesales, que deberán serle impuestas a la parte demandada

En virtud de lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que teniendo por presentado este escrito junto con sus documentos y sus copias, se sirva admitirlo; me tenga por parte en nombre y representación de **DON JUAN MARTÍN PEREZ**; tenga por interpuesta **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO EN EJERCICIO DE ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN** (CLÁUSULA “SUELO”) frente a **BANCO RODRIGO S.A.**, cuyos datos identificativos constan en el encabezamiento del presente escrito y, previos los trámites legales, dicte que en su día Sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

**A.-** Se declare la nulidad de la cláusula suelo contenida en la cláusula financiera tercera bis.-Tipo de interés variable *“En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser inferior a seis enteros, cincuenta centésimas por ciento”*, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y en consecuencia, a dejar sin efecto la aplicación de la cláusula.

**B.-** Condene a la entidad demanda al cálculo y posterior devolución a mis representados de los intereses cobrados en exceso por aplicación de la referida cláusula suelo, desde el 9 de mayo de 2013, y hasta la declaración de nulidad de la cláusula, incluyéndose las cantidades satisfechas durante el curso del procedimiento, todo ello junto con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

**C.-** Condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable objeto de esta demanda, contabilizando el capital que efectivamente debió de ser amortizado.

**D.-** Condene a la entidad demanda a abonar el interés del artículo 576 de la LEC desde la fecha de publicación de la Sentencia.

**E.-** Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

**PRIMER OTROSÍ DIGO** que esta parte manifiesta su voluntad de subsanar cualquier defecto procesal en el que hubiera podido incurrir, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

Es de Justicia que pido en Ciudad Rodrigo, a 10 de noviembre de 2016.

## CONCLUSIONES

I.- El fenómeno de la contratación estandarizada- diferente del esquema tradicional de contratación por negociación- es una realidad social. A este se someten no solo los consumidores, sino los empresarios (autónomos (profesionales) y pequeñas y medianas empresas), que son los grandes olvidados en la batalla emprendida contra los abusos llevados a cabo por las entidades bancarias, desde la activación de las cláusulas suelo en 2009, con la caída del EURIBOR. No olvidemos que estos "olvidados", valga la redundancia, constituyen el 99,2% del tejido empresarial español, y son al igual que los consumidores, adherentes a las condiciones generales de la contratación. Es por ello que los estándares de información y transparencia habrían de cumplirse en el mismo modo por parte del predisponente, sea quien sea con quien contrata, persona física o jurídica, consumidora o empresaria.

II.- En la contratación con condiciones generales la abusividad por defecto de transparencia juega un papel fundamental. El abuso u oscuridad de la cláusula obedece precisamente a la posición de dominio del predisponente (entidad bancaria) frente al adherente (sea éste consumidor o empresario (en el sentido de pyme o autónomo)).

III.- El ámbito de aplicación subjetivo del control de transparencia cualificado creado por la STS 9 de mayo de 2013, ha sido una cuestión resuelta de forma dispar por la jurisprudencia menor, habiendo zanjado estas dudas la STS 367/2016 de 3 de junio, la cual establece que dicho control queda circunscrito al ámbito de los consumidores o usuarios.

IV.- El control de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo hipotecarios suscritos por adherentes no consumidores, por tanto según la jurisprudencia del TS queda reducido un control de comprensibilidad meramente documental o gramatical (arts.5.5 y 7 LCGC) y la remisión las normas contractuales generales, en particular la buena fe del art.1258 CC. No obstante esta decisión no está exenta de discusión, como pone de manifiesto el Voto Particular formulado a la sentencia que fija esta doctrina jurisprudencial , así como los numerosos pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales al respecto.

V.- En este sentido, a nuestro parecer, de las numerosas tesis doctrinales existentes - con su correspondiente aval jurisprudencial- , nos parece lo más acertado considerar que el control de transparencia de la cláusula no está en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Los deberes de información exigidos al predisponente (entidad bancaria) sea quien sea el adherente, permiten corregir el desequilibrio contractual a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer que los carpinteros, dentistas, constructores etc., tienen unos conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas, con grandes departamentos financieros y que tienen más posibilidades de negociación en dichos préstamos. No se discute que el empresario o profesional con carácter general no tenga una posición de

inferioridad en la negociación, sino que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, y este es el caso de las condiciones generales de la contratación.

VI.- No obstante, siendo conscientes de que la línea que seguirá el Tribunal Supremo será la primera tesis expuesta, la mayoría de abogados de estos empresarios o profesionales habrán de basar la fundamentación jurídica de sus demandas para lograr sus pretensiones de nulidad, en el principio de buena fe contractual ex art.1258 CC y 57 CCom, tal y como sugiere en cualquier caso el *obiter dictum* de la STS de 3 de junio de 2016.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **I. MANUALES Y MONOGRAFÍAS**

- DIEZ-PICAZO.L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción teoría del contrato. Volumen I.* Civitas. Madrid.1996.
- FERNANDEZ URZAINQUI.F. *Código Civil.* Colección Códigos con jurisprudencia. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2006.
- KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN. *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea.* Editorial Civitas. Pamplona. 2009.
- PERTIÑEZ VILCHEZ.F. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia.* Editorial Aranzadi, Navarra. 2004.

### **II. ARTÍCULOS DE REVISTAS**

- AGÜERO ORTIZ.A. "El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016." *Centro de Estudios de Consumo.* Universidad de Castilla la Mancha. 17 junio de 2016.
- AGUILAR RUIZ.L. "Sobre la inclusión de personas jurídicas en el concepto legal de consumidor de crédito". *Revista Crítica de Derecho Patrimonial* núm. 40/2016. 2016.
- CABANILLAS SÁNCHEZ. A. "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ", en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdera Server, Rafael, (Coordinadores), "*Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- CARRASCO PERERA.A. "No cesan las pruebas del absurdo pensamiento único sobre las cláusulas suelo". *Centro de Estudios de Consumo.* Universidad de Castilla la Mancha. 13 de mayo de 2016.
- MARTINEZ ESCRIBANO.C "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.133/2014 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. (BIB 2014/726).
- RODRIGUEZ ACHUTEGUI. E. "La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.5/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. (BIB 2016/21179)

- SABATER BAYLE. E. "Cláusula suelo válida". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.8/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi S.A.U, Cizur Menor. 2016 (BIB 2016/80146).

- SANCHEZ MARTIN. C. "El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre cláusulas suelo". *Diario la Ley* nº 8491 Sección Tribuna. Editorial la ley. 2 de marzo 2015. (LA LEY 963/2015).

- SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. I. "Opacidades" y "transparencias" en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755 . págs. 1357 a 1438. 2016.

- SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. I. "Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 748, págs.681-732. 2015.

- SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA.I. "Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios). Novedades del pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular". *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.8/2016 parte estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2016. Págs. 30-35. (BIB 2016/80147).

- YÁÑEZ DE ANDRES.A. "Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada (especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios)". *Diario La Ley*, Nº 8419, Sección Tribuna, 12 de Noviembre de 2014. (LA LEY 8066/2014).

### **III. JURISPRUDENCIA**

#### **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

STJUE 3 de septiembre de 2013. Asunto: C-110/14.

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

STS 29 de enero de 1965 (RJ 1965/262)

STS 18 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3850)

STS 8 julio 1981 (RJ 1981/3053)

STS 21 septiembre 1987 (RJ 19876186)

STS 12 de julio de 2002 (RJ 2002/6047)  
STS 30 enero 2003 (RJ 2003/2024)  
STS 12 de junio de 2012  
STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088)  
STS 24 septiembre 2013 (RJ 2013/545)  
STS 7 abril 2014 (RJ 2014/2184)  
STS 28 mayo 2014 (RJ 2014/3354)  
STS 8 septiembre 2014  
STS 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5395)  
STS 3 febrero de 2016 (RJ 2016/2)  
STS 3 junio 2016 (RJ 2016/2306)

#### **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP Guipúzcoa de 12 de junio de 2000 (AC 2000/1463)  
SAP Girona 4 junio 2010 (JUR 2010/388729)  
SAP Cáceres 3 de junio de 2013 (AC/2013/1488)  
SAP Huelva 21 de marzo de 2014 (AC/2014/648)  
SAP Córdoba 17 julio 2014 (JUR 2014/258485)  
SAP Barcelona 15 de septiembre 2014 (JUR 2014/1808)  
SAP Córdoba 21 de octubre 2014 (JUR 2014/3390)  
SAP Pontevedra de 14 de octubre de 2014 (JUR 2014/8061)  
SAP Málaga 29 diciembre 2014 (JU 2015/193684)  
SAP Zamora 28 enero 2015 (AC 2015/2014)  
SAP Córdoba 30 marzo 2015 (JUR 2015/141573)  
SAP Córdoba 6 octubre 2015 (JUR 2016/5497)  
SAP Soria 18 febrero 2016 (JUR 2016/58367)  
SAP Córdoba 13 junio 2016 (JUR 2016/224177)

SAP Soria de 20 de junio de 2016 (JUR 2016/190133)

SAP Zaragoza de 30 de junio de 2016 (JUR 2016/200937)

SAP Córdoba 12 julio 2016 (JUR 2016/223361)

SAP Salamanca 26 de septiembre de 2016 (JUR 2016/226841)

SAP Málaga 6 octubre 2016 (JUR 2016\109005)

Auto Audiencia Provincial de Barcelona 18 de noviembre de 2016 (JUR 2016/14315)

#### **JUZGADOS DE LO MERCANTIL**

Juzgado de lo Mercantil de Murcia 13 de marzo 2014 (JUR 2015/196417)

Juzgado de lo Mercantil Donostia (Guipúzcoa) 20 de junio 2016 (JUR 2016/1453)

#### **IV. LEGISLACIÓN**

- Directiva 13/93/ CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

- Código Civil

- Código de Comercio

- Código de Consumo de Cataluña

- Ley de Condiciones Generales de la Contratación

- Ley de Enjuiciamiento Civil

- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos

- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

- Texto Refundido Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias