



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La aplicabilidad del régimen de las «cláusulas suelo»
en el supuesto del prestatario empresario

Autor/es

Ruth Gómez Blasco

Director/es

Reyes Palá Laguna

Facultad de Derecho
2016

ÍNDICE

Abreviaturas	1
I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA	3
2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO.....	5
II. CONCEPTO DE «CLÁUSULAS SUELO» EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA	7
1. CONCEPTO	7
2. RÉGIMEN JURÍDICO.....	9
2.1. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación	9
2.2. La normativa bancaria.....	13
III. LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL SUPUESTO DEL PRESTATARIO EMPRESARIO	18
1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LCGC Y DEL RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	18
2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA NORMATIVA BANCARIA. EL CONCEPTO DE CLIENTE.....	24
2.1. El concepto de cliente en la normativa sobre transparencia bancaria	24
2.2. El concepto de clientela minorista y profesional de la normativa MiFID. Especial referencia a la contratación de <i>swaps</i> en el marco de operaciones de préstamo hipotecario con empresarios	27

3. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE «CLÁUSULAS SUELO». ESPECIAL REFERENCIA A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013.....	32
3.1. La aplicabilidad de los criterios articulados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los contratos de préstamo celebrados entre empresarios o profesionales y entidades financieras	33
3.2. Pronunciamientos de la jurisprudencia menor favorables a una aplicación del régimen de las «cláusulas suelo» a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con empresarios.....	37
IV. CONCLUSIONES	42
V. Bibliografía	47

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AUSBANC	Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CirBE	Circular del Banco de España
Dir.	Dirección
EM	Exposición de Motivos
ESIs	Empresas de Servicios de Inversión
FEIN	Ficha europea de información normalizada
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
FJ	Fundamento Jurídico
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LGDCU	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
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
Núm.	Número
Orden EHA	Orden del Ministerio de Economía y Hacienda
Orden ECC	Orden del Ministerio de Economía y Competitividad
P.	Página
Pp.	Páginas
PYMEs	Pequeñas y medianas empresas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TS	Tribunal Supremo
V.	Véase
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria ha sido tradicionalmente uno de los contratos más comercializados en la práctica bancaria, lo que se ha incrementado durante este siglo, especialmente en los años del *boom* inmobiliario. Como es bien sabido, el precio que remunera la prestación de una cuantía determinada de dinero en los contratos de préstamo es el tipo de interés.

Existen esencialmente dos clases de tipos de interés que las entidades de crédito aplican en sus contratos de préstamo hipotecario: fijo y variable. En el supuesto de que el préstamo se contrate a tipo de interés fijo, el prestatario deberá pagar una cuantía fija de intereses en cada uno de los periodos durante toda la vida del préstamo. Por el contrario, si en el contrato de préstamo se estipula un tipo de interés variable, el prestatario deberá pagar una cuantía que variará en función de la evolución del tipo de interés de referencia –el Euribor es el más utilizado en la práctica bancaria–. En otras ocasiones las entidades de crédito ofrecen a sus clientes préstamos hipotecarios que combinan ambas modalidades de tipos de interés.

En el momento en que el prestatario contrata un tipo de interés variable para su préstamo hipotecario, inmediatamente se expone a un riesgo derivado de la volatilidad del índice de referencia, cuya variación a la baja le generará beneficios y le perjudicará en el caso de que se incremente. Y al mismo riesgo, pero a la inversa, se expone la entidad de crédito.

Por ello, en un tercio de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados por las entidades bancarias se han venido incluyendo cláusulas que reducen ese riesgo de tipo de interés para ambas partes¹. Por lo que aquí interesa, las conocidas como «cláusulas suelo» son aquellas cláusulas que incorporan un *tope* mínimo a partir del cual no opera el tipo de interés variable del contrato, sino que se aplica ese tipo fijo mínimo. En la práctica, dada la actual coyuntura económica de bajos tipos de interés, dichas cláusulas logran neutralizar el efecto adverso que para las entidades de crédito tienen las bajadas de los tipos de referencia, al mismo tiempo que impiden a los prestatarios beneficiarse de esos descensos.

¹ V. Informe del Banco de España *sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios* (BOCG, Senado, serie I, núm. 457, de 7 de mayo de 2010), p. 18.

En adición, la posición de superioridad respecto de la que parten las entidades bancarias ha provocado que las citadas «cláusulas suelo» operaran poco tiempo después de la celebración el contrato en muchos casos². De hecho, las entidades probablemente calcularon meticulosamente los efectos de las cláusulas suelo y el momento en que se iba a producir su activación, sin informar de esto a los clientes³. Ante esta situación, los clientes bancarios deciden acudir a la vía judicial para frenar posibles abusos de las entidades y conseguir que se declarasen nulas dichas cláusulas. A modo de ejemplo, todas las escrituras de préstamo hipotecario objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 241/2013 (de Pleno), de 9 de mayo⁴, se autorizaron por los Notarios en los dieciocho meses previos al comienzo de la crisis económica, con la inclusión de límites a la baja cercanos a la media del Euribor –tipo de referencia en dichos contratos– en los años anteriores y a su previsible evolución⁵, e incluso hubo una escritura de préstamo autorizada un mes después de este suceso.

En este pronunciamiento, de referencia a nuestros efectos, el Tribunal Supremo puso fin al debate suscitado sobre la posible nulidad de las cláusulas suelo considerándolas nulas por abusivas y obligando a las entidades bancarias a retirarlas de sus contratos de préstamo, así como a abstenerse de usarlas en el futuro. Sin embargo, esta doctrina solo quedó asentada para el supuesto en el que el prestatario tuviera la condición de consumidor, no así en el caso de que fuese un empresario quien, en el desarrollo de su actividad empresarial, contratara un préstamo hipotecario.

Probablemente la falta de una referencia clara y expresa sobre la cuestión en la sentencia haya generado pronunciamientos dispares por parte de las Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia acerca de la aplicabilidad o no del régimen de las cláusulas suelo en los supuestos en los que el prestatario es un

² El Banco de España señala que el 66% de los préstamos con «cláusula suelo» concedidos en el trienio 2006-2008 se habían visto afectados a septiembre de 2009 por la aplicación de dicho *tope* (*Informe sobre determinadas cláusulas...*, cit., p. 21).

³ ALONSO PÉREZ, M^a. T., «Capítulo III. Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados. (En particular, su posible carácter abusivo)», en AA.VV. *Vivienda y Crisis Económica. (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, (dir. M^a. T. Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 149-218, pp. 156-157.

⁴ RJ 2013\3088.

⁵ En el año 2006 la media anual del Euribor a un año fue de 3,34% (Banco de España, *Informe sobre determinadas cláusulas...*, cit., p. 20), mientras varios de los préstamos analizados por la STS 241/2013, de 9 de mayo, establecían suelos del 3,25%, 3,5% e incluso 4%.

empresario. De estas cuestiones nos ocuparemos en próximos epígrafes del presente trabajo.

Por todo ello, se ha creído conveniente realizar este trabajo y tratar, así, de dilucidar la problemática surgida en torno a la posible aplicación del régimen de las denominadas «cláusulas suelo» a los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre una entidad de crédito y un empresario o profesional. Por mi formación académica, me atrae también el mundo de la empresa, y ésta es una materia en la que confluyen ambas, ya que el derecho, a la vista de esta realidad empresarial –pues son muchas las empresas, especialmente las PYMEs, las que se han visto sometidas a estas cláusulas en ocasiones abusivas– ha de establecer instrumentos que permitan la protección de la parte débil, en este caso el empresario no bancario. De esta forma, trataremos de buscar una solución jurídica para estos supuestos.

2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO

El presente trabajo consta de dos partes principales, precedidas de una introducción general a las que siguen las conclusiones y la bibliografía: la primera versa sobre el concepto de «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, y la segunda plantea la problemática surgida en torno a la posibilidad de aplicar el régimen de las cláusulas suelo a los contratos de préstamo celebrados entre una entidad de crédito y un empresario.

De forma sucinta, en la primera parte del trabajo se abordará el concepto de «cláusula suelo» y su régimen jurídico. La segunda parte versará, en esencia, sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa aplicable a estas cláusulas y la posibilidad de extender la protección jurídica que otorga la doctrina del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo a los empresarios.

Para la realización del trabajo se llevará a cabo un análisis de los pronunciamientos judiciales en la materia, tanto de nuestro Alto Tribunal como de la jurisprudencia menor, poniendo especial énfasis en la STS 241/2013, de 9 de mayo, que sienta los criterios conforme a los cuales una cláusula suelo debe ser considerada abusiva, y por tanto, nula. Asimismo, el trabajo se apoya en material bibliográfico

diverso, esencialmente monografías y artículos doctrinales en revistas especializadas, que tratan sobre la problemática de las cláusulas suelo, y, más concretamente, sobre los supuestos en los que el prestatario es un empresario.

II. CONCEPTO DE «CLÁUSULAS SUELO» EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

1. CONCEPTO

Podemos definir las «cláusulas suelo» como aquellos pactos o estipulaciones incluidos en los contratos de préstamo hipotecario que establecen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés fijado en el contrato, constituido éste generalmente por un interés de referencia, que fluctúa en el tiempo, y un diferencial añadido. Si en el momento de la revisión del tipo el interés estipulado –normalmente el Euribor a un año más, en su caso, un diferencial– éste resulta por debajo del mínimo establecido por la cláusula suelo, los intereses a pagar por el prestatario durante el siguiente periodo serán los resultantes de aplicar el porcentaje fijado por dicha cláusula a la cuantía del préstamo pendiente de amortizar. Esto es, a pesar de haber contratado un préstamo a interés variable, el prestatario cuyo contrato incluya este tipo de cláusula se verá obligado a retribuir unos intereses mínimos a la entidad financiera, independientemente de las oscilaciones del índice de referencia. Por tanto, estos «suelos» impiden a los clientes bancarios aprovecharse de las bajadas del tipo referencial, o, lo que es lo mismo, disfrutar del abaratamiento del coste del crédito⁶.

A su vez, los tipos mínimos actúan como una fuente de ingresos garantizada para las entidades crediticias, que necesitan asegurarse una rentabilidad mínima de este tipo de productos. Como indica el Banco de España en su Informe de 7 de mayo de 2010, la razón fundamental que conduce a las entidades bancarias a establecer cláusulas limitativas de los descensos de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios es «mantener un rendimiento mínimo de esos activos [...] que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones»⁷.

En la mayoría de casos, los tipos mínimos vienen acompañados de limitaciones al alza de la variabilidad de los tipos de interés, también denominados «techos», que actúan en sentido contrario a los primeros. Estas cláusulas mitigan el riesgo del prestatario al protegerlo ante una eventual subida del tipo de interés de referencia. No obstante, en la práctica bancaria estos «techos» no han llegado a activarse debido, por una parte, a la tendencia bajista sufrida por los tipos referenciales –fruto de la actual

⁶ ALONSO PÉREZ, M^a. T., «Capítulo III. Cláusulas frecuentes...», *cit.*, p. 151.

⁷ Banco de España, *Informe sobre determinadas cláusulas...*, *cit.*, p. 19.

coyuntura económica en la que nos encontramos– y, por otra, a los elevados porcentajes fijados por las entidades como *topes* máximos⁸, cuya improbable aplicación –teniendo en cuenta la citada trayectoria de los tipos de interés– hace que este tipo de cláusulas no constituyan un instrumento efectivo de cobertura del riesgo de tipo de interés al alza para los clientes. El Banco de España señala como principal causa de este hecho la falta de sensibilidad general del cliente bancario a las ventajas de contratar, junto con el préstamo hipotecario de interés variable, un instrumento de cobertura que ofrezca una protección real y efectiva frente a las oscilaciones de los tipos de referencia y permita eliminar así la incertidumbre de los intereses a pagar en eventuales escenarios alcistas⁹.

Por otro lado, es menester indicar que los intereses de un préstamo remunerado equivalen al precio de estos contratos y, por ello, constituyen un elemento esencial del mismo. Ciertamente son la principal prestación a la que se obliga el prestatario¹⁰. En este sentido, cabe señalar que las cláusulas suelo suponen una limitación al precio del préstamo, de tal forma que determinarán el tipo a aplicar en caso de que el interés de referencia disminuya por debajo de un determinado umbral. En consecuencia, puede afirmarse que los límites a la variabilidad de los tipos de interés forman parte del precio¹¹.

No obstante, ha de matizarse que, a pesar de formar parte del contenido esencial del contrato, parte de la doctrina ha considerado las cláusulas suelo como «acuerdos accesorios sobre el precio»¹². Es decir, estos pactos son elementos accesorios que se integran en un elemento principal o esencial del contrato de préstamo, como es el tipo

⁸ Varios de los préstamos hipotecarios objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, establecen un límite al alza de la variabilidad del Euribor a un año del 15%, cuando el máximo histórico de dicho tipo de referencia se sitúa en torno al 5,5% alcanzado en 2008 (fuente: www.expansión.com/mercados/historicoEuribor.html, consultado el día 9 de mayo de 2016).

⁹ Banco de España, *Informe sobre determinadas cláusulas...*, cit., p. 23.

¹⁰ El préstamo de dinero, o préstamo simple, queda regulado en los arts. 1740 y 1753 a 1757 del CC, y en concreto, los préstamos mercantiles –cuando alguno de los contratantes sea comerciante y las cosas prestadas se destinen a actos de comercio– encuentran su marco jurídico en los arts. 311 y ss. del CCom.

¹¹ En este sentido, afirma MARTÍNEZ ESCRIBANO que estos pactos «forman parte del precio porque son uno de los elementos a tener en cuenta para determinar en cada momento cuáles son los intereses a pagar en un préstamo con tipo de interés variable» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 295-344, p. 330).

¹² Definen FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, IZQUIERDO BLANCO, SERRA RODRÍGUEZ y SOLER SOLÉ los «acuerdos accesorios sobre el precio» como «aquellos pactos que, sin fijar por sí mismos el precio o la prestación, influyen en su cálculo y determinación» (FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., *et al.*, «Capítulo 10. Cláusula suelo», en AA.VV. *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo*, (dir. I. Fernández de Senespleda, *et al.*), Bosch, Barcelona, 2014, pp. 157-171, p. 158).

de interés. No son cláusulas que fijan de modo directo el precio del contrato, pero en determinados escenarios determinarán la aplicación de ese *tope* mínimo, que convertirán el contrato en un préstamo a tipo fijo únicamente variable al alza¹³.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la materia en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, resolviendo el recurso de casación planteado frente a la SAP Sevilla 348/2011, de 7 de octubre¹⁴; recurso que se analizará en el desarrollo del presente trabajo. El Alto Tribunal centró su razonamiento en la premisa de que dichas cláusulas definen o describen el objeto principal del contrato en el que se incluyen y no son meros pactos que afectan al «método de cálculo». Confirmó en este extremo la sentencia recurrida concluyendo que «las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato».

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Una vez definido el concepto de cláusulas suelo y precisado que las mismas definen el objeto principal de un contrato de préstamo hipotecario, será necesario abordar la cuestión de si dichas cláusulas pueden considerarse condiciones generales de la contratación, sujetas a la normativa específica del ordenamiento español, o si por el

¹³ Este argumento es el que llevó al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en su sentencia núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC 2010\1550), a concluir que las citadas cláusulas no definían el objeto principal del contrato por considerar que no son la esencia del precio del préstamo, sino un elemento meramente accesorio al mismo. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), en la sentencia núm. 348/2011, de 7 de octubre (AC 2013\3008), revocó en apelación el razonamiento del Juzgado determinando que las cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio.

¹⁴ La STS 241/2013, de 9 de mayo, puso fin a un procedimiento que se inició en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla a raíz de una demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. En la demanda AUSBANC solicitaba la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas que establecían un tipo mínimo de interés, así como la obligación de las citadas entidades financieras a eliminar tales cláusulas, u otras que estableciesen un contenido similar, de todos los contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, declaró la nulidad de dichas cláusulas por entender que generaban un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; en particular, consideró que en las citadas cláusulas existía una falta de reciprocidad entre la cobertura del prestatario («techo») y la del prestamista («suelo»). Las demandadas interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, que entendió que las mencionadas cláusulas no eran abusivas puesto que, al formar parte de uno de los elementos esenciales del contrato —en concreto, del precio— habían sido libre y voluntariamente aceptadas por el prestatario, por lo que no cabía realizar un control de contenido sobre las mismas. Contra la resolución de la AP de Sevilla, AUSBANC interpuso recurso por infracción procesal y recurso de casación que fue resuelto por el TS en la mencionada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo.

contrario, precisamente al referirse al objeto principal del contrato, no pueden nunca ser consideradas condiciones generales –como interpretó la SAP de Sevilla en su sentencia núm. 348/2011, de 7 de octubre–.

Tal y como afirma la STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ séptimo, los costes incurridos en la negociación individualizada de los contratos con cada uno de los clientes, que en última instancia se repercuten en el precio que han de pagar, unido al elevado número de contratos que se celebran en el desarrollo de determinadas actividades empresariales, ha llevado a muchas empresas de varios sectores de la economía a emplear condiciones generales que incorporan a una pluralidad de contratos. Las numerosas operaciones que se realizan a diario en la práctica bancaria condujeron a que las entidades redactasen previamente unos contratos que el cliente solo podía aceptar o rechazar. Es lógico, por otra parte, que las entidades bancarias empleen estos contratos de adhesión para reducir los costes, siendo los servicios bancarios unos de los más estandarizados¹⁵.

A raíz de la utilización de condiciones generales en la contratación en masa, el legislador vio necesario otorgar una especial protección al adherente de estos contratos que fuese superior a la ofrecida por las normas generales de la contratación convenidas en el Código Civil, ya que ambas partes no se encuentran en una misma posición jurídica, siendo el profesional el que está en una posición superior al adherente. Por ello, se promulgó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC)¹⁶. Esta Ley define en su artículo 1 el concepto de condición general de la contratación como aquellas «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

¹⁵ Afirma NIETO CAROL que la contratación a través de condiciones generales ofrece cuatro principales ventajas para las entidades bancarias: reduce los costes de contratación, facilita la división de tareas y la coordinación en el seno de la propia empresa bancaria, y posibilita el cálculo anticipado de los costes (NIETO CAROL, U., «Capítulo 10. Condiciones generales en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor», en AA.VV. *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, (dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, p. 527). Sobre el concepto de las condiciones generales de la contratación y sus funciones racionalizadoras para la actividad de una empresa, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.

¹⁶ La LCGC se dictó por la necesaria transposición al Derecho español del contenido de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»¹⁷.

La citada STS 241/2013, de 9 de mayo, recoge en su FJ séptimo el desarrollo del concepto de condiciones generales de la contratación que la doctrina ha llevado a cabo¹⁸, concluyendo que han de concurrir cuatro requisitos para considerar una determinada cláusula contractual como condición general. En primer lugar, debe darse el requisito de la *contractualidad*, es decir, ha de tratarse de cláusulas contractuales incorporadas en virtud de la autonomía de la voluntad, y no por imposición de una norma legal o reglamentaria. El segundo requisito es la *predisposición*, puesto que es necesario que hayan sido redactadas previamente a la celebración del contrato, con independencia de que lo haya hecho el propio empresario o un tercero; este es el caso particular de los contratos de adhesión. En tercer lugar, debe concurrir lo que el TS define como *imposición*, esto es, las cláusulas deben ser impuestas por el empresario, y que la otra parte solo tenga posibilidad de adquirir el bien o servicio mediante el acatamiento de la inclusión de tales cláusulas al contrato. Y por último, encontramos el requisito de la *generalidad*, o dicho de otro modo, la necesidad de que dichas cláusulas deben haberse redactado para su incorporación a una pluralidad de contratos.

Volviendo al caso que nos ocupa, las cláusulas suelo son cláusulas redactadas previamente por la entidad bancaria que se incorporan a una pluralidad de contratos de préstamo hipotecario, preparados de tal forma que el cliente sólo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar la oferta en función de lo que más se adapte a sus necesidades. Se trata de cláusulas que no pueden ser negociadas individualmente con cada cliente, y son impuestas en los distintos contratos. De hecho, el margen de negociación de los

¹⁷ Considera ALFARO ÁGUILA-REAL que son tres los elementos que definen las condiciones generales de la contratación: «ha de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato», debe darse el «elemento de la predisposición», y además debe concurrir «el requisito de la imposición» (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 115-116). En el mismo sentido, FRADE HEVIA, quien entiende que son aquellas cláusulas «predispuestas –en el sentido de prerredactadas antes de la fase de negociación o celebración del contrato– e impuestas por una de las partes que han sido redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos»; además añade que lo relevante para poder estar amparadas por la LCGC es que no hayan sido negociadas individualmente (FRADE HEVIA, M^a. I., «Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo)», *Actualidad Civil*, núm. 8, 2012, pp. 836-866, p. 838).

¹⁸ Este desarrollo del concepto de condiciones generales de la contratación que realiza el Tribunal Supremo fue ratificado posteriormente por la STS núm. 222/2015 (Sala de lo Civil), de 29 de abril (RJ 2015\2042), en su FJ noveno. Para un estudio pormenorizado de los requisitos de las condiciones generales de la contratación, v. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 116 y ss.

responsables de oficina suele ser muy escaso, cuando no inexistente. Es decir, estos límites de la variabilidad a la baja del tipo de interés referencial suelen ser fruto de una política comercial de la dirección de la entidad, siendo de obligada imposición en todos los contratos de un mismo tipo¹⁹.

En consecuencia, podemos afirmar que las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario constituyen condiciones generales de la contratación y quedan sometidas al régimen establecido en la LCGC²⁰. La casuística podría dar lugar a la no consideración de la cláusula suelo de un determinado contrato de préstamo hipotecario como condición general, en el supuesto de que, por ejemplo, se hubiese negociado individualmente con el cliente. Sin embargo, la práctica bancaria ha revelado que estos casos no suelen ser los habituales.

Existen un par de excepciones a la afirmación anterior, y es que habrá dos supuestos en los que no quepa aplicar la protección de la LCGC a las cláusulas suelo, aun pudiéndose calificar objetivamente como condiciones generales de la contratación. En particular, la nulidad declarada en virtud del contenido abusivo de una condición general establecida por el art. 8.2 de la LCGC sólo podrá aplicarse a los contratos celebrados con consumidores, remitiendo dicho artículo a la legislación específica de protección a los consumidores y usuarios.

Por otro lado, e introduciendo el siguiente apartado, el art. 4.2 LCGC dispone que la misma no será de aplicación a las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que

¹⁹ Banco de España, *Informe sobre determinadas cláusulas...*, cit., p. 19.

²⁰ Desde otra perspectiva, la AP de Sevilla, en la sentencia núm. 348/2011, de 7 de octubre, sostenía que las cláusulas suelo al formar parte de uno de los elementos esenciales del contrato, en concreto, el precio del préstamo, necesariamente debían ser conocidas por los clientes, quienes las aceptaban libre y voluntariamente después de haber comparado las distintas ofertas existentes en el mercado. No consideraba, además, que dichas cláusulas hubiesen sido impuestas a los solicitantes del préstamo, por lo que entendía que no se trataba de condiciones generales de la contratación. Sin embargo, el TS en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, FJ séptimo, descartó este razonamiento afirmando que una condición general puede referirse al objeto principal del contrato, según lo previsto en la LCGC, y que «el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato». El TS vino a reafirmar lo que sostiene gran parte de la doctrina, y es que deben diferenciarse dos aspectos fundamentales de la libertad contractual: libertad de decisión –en el sentido de capacidad de aceptar o rechazar la oferta de contrato– y libertad de configuración –entendida como la posibilidad de influir y negociar el contenido del contrato– (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., p. 129; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia...», cit., p. 331; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2015, pp. 67-105, p. 70).

sean de aplicación obligatoria para los contratantes». El artículo se refiere a los supuestos en los que la normativa que regula un sector específico impone a los contratantes la inclusión de determinadas cláusulas. La normativa bancaria, como se verá a continuación, ni obliga a incorporar las cláusulas suelo a los contratos de préstamo hipotecario ni establece imposiciones en cuanto a su contenido, quedando su inclusión y contenido a disposición de la sola voluntad de la entidad de crédito²¹. Más bien son disposiciones que fijan meras directrices acerca de cómo deben las entidades bancarias insertar tales cláusulas en los contratos para que cumplan con un determinado nivel de transparencia que permita a los clientes conocer su existencia y comprender su alcance²². Por tanto, las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación no quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCGC *ex art. 4.2 LCGC*.

2.2. La normativa bancaria

Con anterioridad a la reforma de la normativa bancaria producida en 2011 a raíz de la crisis financiera acaecida en nuestro país, las limitaciones a la variabilidad de los tipos de interés se mencionaban expresamente en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994)²³. Esta Orden exigía a las entidades de crédito que incluyeran en sus ofertas vinculantes los «límites a la variación del tipo de interés aplicable» (Anexo II, 3.bis, ap. 3, en relación con el art. 5.1, párrafo segundo); extremo al que, por otra parte, no obligaba la norma en el caso de la entrega al cliente del folleto informativo. Por otro lado, en el Anexo II se establecían una serie de criterios en la

²¹ En este sentido, la STS 241/2013, de 9 de mayo, en su FJ noveno establece que «no es este el caso de las “cláusulas suelo”, ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato».

²² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, núm. 9, 2012, pp. 81-94, p. 91; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia...», *cit.*, p. 329.

²³ La Orden de 5 de mayo de 1994 (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994) fue dictada en virtud de la habilitación que el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante, LDIEC), concedía al Ministro de Economía y Hacienda para que determinase las cuestiones que los contratos referentes a operaciones financieras debían contener de forma expresa. Actualmente la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, LOSSEC) ha derogado la LDIEC, reconociendo en su art. 5.1 al Ministro de Economía y Competitividad la misma facultad que venía regulando la anterior normativa. Por otro lado, la Orden de 5 de mayo de 1994 fue derogada con efectos desde el 29 de abril de 2012, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, del 29 de octubre de 2011).

expresión de los mencionados límites a los que debían atenerse las entidades de crédito en la redacción de los contratos de préstamo (art. 6.1). Asimismo, se introdujo en el art. 7.3.2.c) el deber del Notario de advertir expresamente al cliente en el acto de otorgamiento de la escritura pública sobre el establecimiento de límites a la variación del tipo de interés, y, en particular, cuando las limitaciones no fueran semejantes al alza y a la baja, el Notario debía consignar expresamente tal circunstancia en la escritura pública²⁴.

La progresiva expansión del crédito hipotecario, la creciente complejidad de los instrumentos financieros comercializados por las entidades de crédito y la profunda crisis del sector bancario, entre otras razones, hicieron necesaria la renovación de la normativa en materia de transparencia y protección del cliente bancario. Así, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA/2899/2011)²⁵, derogó, como ya hemos indicado, la obsoleta Orden de 5 de mayo de 1994, expresando en su Exposición de Motivos la necesidad de reforzar las obligaciones de transparencia y difusión de la información en la contratación de instrumentos de cobertura del tipo de interés, y en particular, de las cláusulas «suelo» o «techo». Esta Orden fue desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante, CirBE 5/2012).

La nueva normativa refuerza de alguna manera la protección del cliente bancario en la fase precontractual, obligando a las entidades de crédito, en el caso de que establezcan límites a la variabilidad al alza o a la baja del tipo de interés, a incluir en la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y en la Ficha de Información

²⁴ Con posterioridad, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, extendió la protección de los deudores hipotecarios contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994 a aquellos que contrataban con personas físicas o jurídicas distintas de las entidades de crédito o sus agentes, que realizaran actividades consistentes en la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, y en la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito (art. 1). Sobre estas cuestiones, v. HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios», en AA.VV. *Vivienda y Crisis Económica. (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, (dir. M^a. T. Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 59-122, p. 65.

²⁵ Esta Orden EHA/2899/2011 fue dictada conforme a la habilitación que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) concedió al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar en el plazo de seis meses las normas que fuesen necesarias para garantizar un adecuado nivel de protección del usuario de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito (art. 29.2 LES, actualmente derogado), y siempre al amparo del art. 48.2 de la LDIEC, tal y como indica HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, p. 67.

Personalizada (FIPER)²⁶ una mención expresa sobre la existencia de tales límites, debiéndose especificar éstos «de forma destacada» (Anexos I y II, Sección 3ª, en relación con los arts. 21 y 22)²⁷. Además, en el caso de la FIPER, el art. 24 dispone que deberá añadirse un anexo a la misma informando al cliente de que los límites al alza vienen acompañados de límites a la baja –con lo cual, el instrumento de cobertura no se dedica exclusivamente a la protección del cliente frente a variaciones del tipo de interés–, y en concreto, el art. 25 establece que deberán recogerse separadamente en un anexo a la FIPER los tipos de interés mínimo y máximo a aplicar y las cuotas de amortización mínima y máxima²⁸.

Por otro lado, la Orden EHA/2899/2011 mantiene el deber de la entidad, que ya establecía la Orden de 5 de mayo de 1994, de incorporar en la oferta vinculante una mención expresa a los «suelos» o «techos», así como la obligación del Notario de advertir expresamente al cliente sobre la existencia de los citados límites (Anexo II, Sección 3ª, en relación con el art. 23). En este último supuesto, la Orden EHA/2899/2011 refuerza la protección del cliente bancario imponiendo al Notario la obligación de, en la fase de elevación del contrato de préstamo hipotecario a escritura pública, advertir al cliente sobre los *efectos* que conlleva la inclusión de ese tipo de cláusulas en su contrato de préstamo y las diferencias existentes entre los límites al alza y a la baja, y de manera especial, si únicamente se ha establecido un límite a la baja, estando obligado a dejar constancia de todo ello en la escritura (art. 30.3.b).3º)²⁹.

²⁶ La FIPRE y la FIPER son documentos de información precontractual precisa sobre el préstamo hipotecario que se pretende contratar (arts. 21 y 22 Orden EHA/2899/2011, respectivamente).

²⁷ No obstante, el art. 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, ya exigía a las entidades una descripción de las características de los instrumentos de cobertura en los documentos informativos precontractuales que regulaban las normas bancarias (v. HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, p. 95).

²⁸ Por su parte, la CirBE 5/2012 dispone que la entidad deberá resaltar las cláusulas suelo y techo en la FIPRE y en la FIPER (art. 7.2), y se concretan una serie de extremos que deben incluirse en el anexo a la FIPER por existir límites al alza o a la baja (Anexo 3.1.4, en relación con los arts. 6 y 7).

²⁹ Conviene señalar aquí que, en el ámbito europeo, se ha dictado recientemente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante, Directiva 2014/17/UE), que refuerza la protección de los consumidores de créditos hipotecarios obligando a las entidades a ofrecer una información más detallada sobre las características de los tipos fijos y variables en fases previas a la celebración del contrato de crédito hipotecario (art. 13.e)), incluyendo la obligación de indicar expresamente en la Ficha europea de información normalizada (FEIN) la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés (Anexo II, Parte B, Secciones 3ª y 4ª, en relación con el art. 14.2). Cabe advertir que el contenido de esta Directiva todavía no ha sido incorporado al Derecho español, habiéndose superado la fecha límite dispuesta por el art. 42 de la Directiva –fijada en el 21 de marzo de 2016–.

Posteriormente, a la vista de la operativa seguida por las entidades de crédito en nuestro país, el legislador entendió que era necesario mejorar la protección legal de los deudores hipotecarios mediante la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, Ley 1/2013). Esta Ley introduce en su art. 6, letra a), un nuevo mecanismo de garantía del cumplimiento de los deberes de información y advertencia por parte de los Notarios³⁰, y exige una expresión manuscrita del prestatario en la propia escritura pública manifestando haber sido advertido adecuadamente de los riesgos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable que lleva aparejadas cláusulas «suelo» y «techo», cuando el límite de variabilidad a la baja sea inferior que el límite de variabilidad al alza. Sin embargo, debe señalarse, con la mejor doctrina, que resulta de dudosa efectividad el instrumento articulado en el art. 6 de la Ley 1/2013, puesto que lejos de fortalecer la protección del deudor hipotecario, favorece a las entidades bancarias, que siempre podrán escudarse en tal circunstancia cuando el cliente alegue que no era consciente de los efectos que dicha cláusula podía tener en su posición económica contractual, eximiéndoles así de responsabilidades³¹.

Resulta aquí conveniente mencionar que esta Ley 1/2013 ha llevado a cabo modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 552 y 695)³² y en la Ley Hipotecaria (art. 129)³³ en el sentido de proteger al deudor hipotecario frente a la inclusión de cláusulas abusivas por parte de la entidad en sus contratos de préstamo o crédito –como podrían ser las cláusulas suelo, en virtud de la doctrina del TS–, tanto en vía judicial de ejecución hipotecaria como en la venta extrajudicial de bienes hipotecados³⁴.

³⁰ Seguimos en estas líneas a HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, p. 106.

³¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, p. 107.

³² Sobre estas cuestiones, v. LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Capítulo IV. El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal», en AA.VV. *Vivienda y Crisis Económica. (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, (dir. M^a. T. Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 219-256.

³³ Para un estudio en profundidad de la reforma del art. 129 de la LH, v. VIELA CASTRANADO, M., «Capítulo V. Las alteraciones normativas en la venta extrajudicial del bien hipotecado. El nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria», en AA.VV. *Vivienda y Crisis Económica. (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, (dir. M^a. T. Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 257-316.

³⁴ Básicamente las reformas llevadas a cabo en la LEC en materia de cláusulas abusivas son la concesión al Juez de la facultad para apreciar de oficio la posible calificación como abusiva de alguna de las

Como conclusión, podemos afirmar que los requisitos de transparencia que han ido exigiendo paulatinamente las normas bancarias no han resultado de gran utilidad a la hora de atenuar los excesos cometidos por las entidades crediticias en la concesión de préstamos hipotecarios. Con independencia de que las entidades financieras hayan cumplido formalmente con tales requisitos, la práctica bancaria ha puesto de manifiesto que el contenido de determinadas cláusulas podía ser abusivo, como se verá más adelante. En este sentido, considera algún autor³⁵, que el cumplimiento de los requisitos de transparencia impuestos por la Orden EHA/2899/2011 no son motivo suficiente para declarar la licitud de las cláusulas suelo, discrepando en este extremo con lo expuesto por el Banco de España, el cual afirma que dichas cláusulas son válidas siempre que «resulten expresamente reflejadas en el contrato con arreglo a lo requerido en la Orden de 5 de mayo de 1994»³⁶.

Si bien es cierto que el cumplimiento de estos requisitos no conlleva la licitud indubitada de las citadas cláusulas, tampoco puede sostenerse que las cláusulas suelo en sí mismas consideradas sean ilícitas –tal y como afirmó la STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ decimoquinto–. En principio, nada impide que dichas cláusulas puedan incluirse válidamente en un contrato de préstamo hipotecario; cosa distinta es que la forma en la que las entidades de crédito hayan incorporado tales cláusulas a sus contratos sea contraria a las exigencias de transparencia de la normativa bancaria o, en su caso, de la jurisprudencia del TS en materia de cláusulas abusivas³⁷.

cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario (art. 552 LEC), y la introducción de un nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria: «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695 LEC). La modificación del art. 129 de la LH consiste en atribuir al Notario autorizante de la venta extrajudicial del bien hipotecado una serie de facultades que consisten básicamente en la puesta en conocimiento de las partes la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario cuando sean el fundamento de la venta extrajudicial o hayan determinado la cantidad exigible, y en la suspensión de la venta cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo...», *cit.*, p. 90.

³⁶ Banco de España, *Informe sobre determinadas cláusulas...*, *cit.*, p. 15.

³⁷ En este sentido, sostiene MARTÍNEZ ESCRIBANO que «no sólo quedaría amparada su genérica validez por la autonomía de la voluntad, sino que la normativa sectorial admite también su existencia» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia...», *cit.*, p. 328).

III. LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL SUPUESTO DEL PRESTATARIO EMPRESARIO

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LCGC Y DEL RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El ámbito subjetivo de aplicación se encuentra regulado en el art. 2 de la LCGC, cuyo apartado primero dispone que «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–». En los apartados siguientes, dicho precepto define las figuras de profesional y adherente³⁸. Interesa destacar en cuanto al adherente, que éste «podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad». Esto es, adherente puede ser cualquier persona física o jurídica, con independencia de que actúe o no dentro del marco de su actividad profesional. En consecuencia, el contrato de préstamo hipotecario concertado por un empresario individual –persona física– o por una sociedad mercantil –persona jurídica– destinado a satisfacer las necesidades de financiación derivadas de su actividad profesional o empresarial, quedaría amparado por la normativa de condiciones generales de la contratación.

Así las cosas, la redacción de las cláusulas incluidas en contratos de préstamo hipotecario celebrados entre entidades de crédito y empresarios o profesionales debe ser transparente, clara, concreta y sencilla para que queden incorporadas a los contratos, tal y como se desprende del art. 5.5 de la LCGC. Asimismo, establece su art. 7 que no quedarán incorporadas a los contratos las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración de los mismos, ni tampoco aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El problema surge respecto a las cláusulas abusivas, ya que el art. 8 LCGC, después de declarar nulas en su apartado primero aquellas condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la misma o en cualquier otra

³⁸ La LCGC considera profesional, o predisponente, «a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada». Resulta evidente que las entidades de crédito quedan dentro de esta descripción, al ser personas jurídicas –bancos, fundaciones bancarias, cajas de ahorro o cooperativas de crédito– que actúan dentro del marco de su actividad profesional cuando celebran contratos de préstamo hipotecario con sus clientes.

norma imperativa, establece en su segundo apartado que son nulas aquellas condiciones generales que sean abusivas, «cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor». Seguidamente, el citado precepto se remite a la definición de cláusulas abusivas contenida en la normativa de protección de los consumidores y usuarios³⁹.

La LCGC circunscribe, pues, el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas a aquellas condiciones generales insertas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, en la forma prevista por la normativa de protección de los consumidores y usuarios (art. 8.2 LCGC en relación con los arts. 2 LGDCU y 1.1 Directiva 93/13/CEE)⁴⁰. Lógicamente, en el ámbito de protección de la normativa para la defensa de los consumidores y usuarios no cabe el supuesto de una sociedad mercantil –persona jurídica– que actúe en el ámbito de su actividad profesional, como tampoco cabe el supuesto del empresario individual –persona física– que adquiere un bien o servicio con el fin de destinarlo a su actividad profesional o empresarial.

La cuestión aquí sería determinar qué se considera por «actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Existen dos posturas principales en torno a esta cuestión. La primera consiste en considerar que un empresario actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial cuando adquiere un bien o servicio con el fin de destinarlo bien al proceso productivo o de comercialización directamente –esto es, al objeto social de la empresa–, bien a otras actividades que redunden en beneficio de la organización. Por el contrario, la segunda postura relaciona la existencia de actividad empresarial o profesional con el grado de vinculación de la transacción al objeto social de la empresa, por lo que se considerará

³⁹ Actualmente el régimen jurídico de las cláusulas abusivas lo encontramos en los arts. 82 y ss. del 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 (en adelante, LGDCU), en cuyo art. 82.1 se ofrece una definición del concepto de cláusula abusiva, fruto de la transposición del art. 3 de la Directiva 93/13/CEE: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

⁴⁰ A estos efectos, la Directiva entiende por consumidor «toda persona física que [...] actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (art. 2.b) Directiva 93/13/CEE). Esta definición es ampliada por la LGDCU, que considera consumidor a todas aquellas «personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», así como a todas aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica «que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (art. 3 LGDCU).

como operación de consumo cualquier adquisición de bienes o servicios que no se destine directamente al proceso productivo o de comercialización⁴¹.

En el supuesto que nos ocupa, el préstamo hipotecario no es un servicio adquirido para que contribuya directamente al objeto social de la empresa, como podría ser la adquisición de materias primas para incorporarlas al proceso productivo, sino que se trata de una operación que indirectamente redundaría en beneficio de la organización empresarial. Esto es, se trata de un servicio necesario, por ejemplo, para que la empresa pueda adquirir unas instalaciones en las que desarrollar su actividad productiva. Por tanto, si atendemos a la segunda de las posturas, el contrato de préstamo hipotecario celebrado por un empresario podría calificarse como una operación de consumo – considerando que el empresario ostentaría en este supuesto la condición de consumidor–, con la consecuencia de que sus cláusulas serían susceptibles de someterse a un juicio sobre su eventual carácter abusivo⁴².

Sin embargo, no es nuestro propósito transformar el concepto de consumidor surgido a raíz de una especial necesidad de protección por el ordenamiento jurídico que se desprende de la LGDCU⁴³. En consecuencia, adoptaremos como válida la primera de las posturas, entendiendo que el contrato de préstamo concertado por un empresario no constituye una operación de consumo y que, por tanto, una cláusula suelo incorporada a un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre una entidad financiera y un

⁴¹ FRADE HEVIA, M^a. I., «Las cláusulas abusivas...», *cit.*, pp. 838 -839.

⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., «El Código de comercio y los contratos mercantiles», en AA.VV. *Centenario del Código de Comercio*, (dir. M. Motos), vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 211-260, p. 241.

⁴³ Seguimos en estas líneas a ALFARO ÁGUILA-REAL, quien señala que la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su art. 1.3 recogía la delimitación negativa del concepto de consumidor, de la cual se desprendía que «la actuación como consumidor es una actuación para satisfacer *necesidades particulares*, lo que excluye considerar como consumidor las adquisiciones para consumo empresarial». Asimismo, afirma que ampliar el concepto de consumidor a aquellos supuestos de empresarios que realizan operaciones de consumo empresarial supondría desvirtuar la noción de consumidor (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *cit.*, p. 159-160). En este sentido, la STS núm. 406/2012 (Sala de lo Civil), de 18 de junio (RJ 2012/8857), en su FJ tercero, declara que el nuevo texto refundido de protección a los consumidores combina «un criterio positivo de consumidor como “destinatario final”, con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios “para integrarlos en procesos relacionados con el mercado”». De esta forma, puede concluirse que ambas normas contemplan la misma definición de acto de consumo, por lo que el argumento de ALFARO sirve también para este nuevo contexto. Recordemos aquí que en la Exposición de Motivos de la LGDCU se lee: «el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica [...] que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros». También sobre el concepto de acto de consumo, v. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales: una perspectiva española y europea*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 264-265.

empresario nunca podrá ser declarada abusiva en los términos definidos por los arts. 82 y ss. de la LGDCU, en relación con el art. 8.2 LCGC.

En este sentido, cabe señalar que la propia LCGC en su Exposición de Motivos manifiesta que el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en las relaciones entre profesionales y consumidores. Pero «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 la nulidad contractual». Esto es, «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 «desprotección» de los empresarios en supuestos de condiciones generales que objetivamente son abusivas –por causar, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del empresario adherente– insertas en contratos a los que se han adherido, nos resulta sorprendente frente a la presunta finalidad de la LCGC de proteger los legítimos intereses de «cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual» (Exposición de Motivos LCGC).

Sin embargo, entendemos que esos legítimos intereses no quedan del todo protegidos en las relaciones entre empresarios cuando únicamente entran en juego para las condiciones generales incorporadas a contratos de adhesión cuyo adherente es un empresario los requisitos de incorporación. El predisponente –encargado de redactar previamente el clausulado del contrato– siempre va a encontrarse en una situación de superioridad respecto al adherente, puesto que la imposibilidad de este último de negociar el contenido contractual va a provocar inevitablemente una situación de desequilibrio entre las posiciones contractuales de ambas partes, pudiendo llegar a cometerse abusos por parte del predisponente; situación ésta que el ordenamiento debe evitar, en nuestra opinión, protegiendo a cualquier adherente, consumidor o no⁴⁴.

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 175-176 y 182; NIETO CAROL, U., «Capítulo 10. Condiciones generales...», cit., p. 534; BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», en AA.VV. *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 37-92, p. 57; MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las cláusulas generales. Sobre la necesidad de protección

Llegados a este punto, debemos aclarar que no es ajeno a nuestro razonamiento el hecho de que existen empresarios o empresas con un menor nivel de información y organización, cuyas necesidades de protección, por tanto, son mayores a las de otras. Generalmente, las pequeñas y medianas empresas y los empresarios individuales carecen de información suficiente para contratar con pleno conocimiento de causa servicios que supongan la firma de un contrato de adhesión en esta materia, cuyo predisponente, además, se tratará normalmente de una gran empresa perfectamente informada y organizada. En estos supuestos, resulta evidente que los empresarios individuales y PYMEs se hallan en una posición contractual muy similar a la de un consumidor, y por ello, merecen una protección jurídica semejante⁴⁵. Por el contrario, las grandes empresas adherentes tienen los medios suficientes como para contratar con información y conocimiento plenos sobre el objeto y condiciones del contrato que están celebrando. En consecuencia, podría pensarse en alguna solución jurídica que diferenciase entre los distintos adherentes en función de sus necesidades de protección, si bien sabemos que en la práctica resultaría de difícil aplicación, debido a la falta de criterios objetivos claros que permitan establecer qué empresarios necesitan protección y cuáles no⁴⁶.

En definitiva, la especial manera de contratar que supone la contratación con condiciones generales hace que requiera un específico marco normativo (LCGC), y consideramos que también debería contar con un único ámbito de aplicación subjetivo, con independencia de que el adherente fuese consumidor o no. Desde nuestra perspectiva, el mero hecho de que se empleen condiciones generales en la contratación debería ser presupuesto suficiente para que el ordenamiento otorgara una protección completa a la parte débil de estos contratos (el adherente). Por tanto, nos mostramos favorables a que también puedan someterse a un juicio de abusividad las condiciones generales de los contratos en los que el adherente sea un empresario, si bien podrían introducirse mecanismos de control que otorgaran un mayor nivel de protección a

de los adherentes-profesionales», *www.ambito-juridico.com.br*, publicado el 23 de noviembre de 2005, consultado el 19 de abril de 2016; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia...», *cit.*, pp. 95-96.

⁴⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, *cit.*, pp. 272-273; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., IZQUIERDO BLANCO, P., SERRA RODRÍGUEZ, A. y SOLER SOLÉ, G., «Capítulo 7. Criterios determinantes de la abusividad de una cláusula», en AA.VV. *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo*, (dir. I. Fernández de Senespleda, *et al.*), Bosch, Barcelona, 2014, pp. 101-106, p. 102.

⁴⁶ MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo...», *cit.*

aquellos empresarios o empresas cuyas necesidades de protección fuesen superiores a las de otras organizaciones empresariales que poseen un grado de información y organización marcadamente superior. Incluso podrían regularse mecanismos que reforzaran dicha protección en supuestos en los que el adherente fuese un consumidor, ya que no es descabellado sostener que, aunque pequeños empresarios y consumidores están en similar posición de desequilibrio, esta situación se acentúa aún más cuando nos encontramos ante un consumidor⁴⁷.

A modo de ejemplo, la legislación alemana sobre condiciones generales de la contratación –contenida en el BGB⁴⁸– extiende el ámbito de protección otorgado por el régimen de las cláusulas abusivas a cualquier adherente, con independencia de que ostente o no la condición de consumidor. No obstante, restringe la aplicación de la lista cerrada de cláusulas consideradas abusivas *per se* a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor –que en nuestro ordenamiento se correspondería con la lista del art. 82.4 LGDCU, en relación con los arts. 85 a 90 LGDCU–, mientras que deja abierta la posibilidad de declarar una condición general abusiva conforme a la cláusula general de la buena fe, por un lado, y a una falta de claridad y comprensibilidad por otro, a todo adherente, consumidor o empresario –que en el ordenamiento español se correspondería con lo dispuesto en el art. 82.1 LGDCU–⁴⁹.

⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN apuesta por un control «independiente y distinto del control de las condiciones generales con consumidores cuando se trata de controlar las cláusulas con empresarios», entendiéndolo así que no es posible «equiparar la situación del empresario con la de un simple consumidor», puesto que existe, en las relaciones con consumidores, «un mandato explícito en el ordenamiento jurídico –comunitario, constitucional y ordinario– de protección a los consumidores», y además «los empresarios tienen sus propios mecanismos de defensa y de cálculo para soportar cláusulas contrarias a sus intereses». Además, indica que la protección no solo debe ser distinta, sino que «debe ser menos intensa que la protección de los consumidores» (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, cit., pp. 270-272).

⁴⁸ V. § 310.1 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemán), cuya redacción es la siguiente: «El § 305, apartados 2 y 3, y los §§ 308 y 309 no son de aplicación a las condiciones generales de la contratación que se apliquen frente a un empresario, una persona jurídica de derecho público o un patrimonio separado de derecho público. Asimismo, el § 307, apartados 1 y 2, será de aplicación en los casos del inciso primero aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309, se prestará la debida consideración a los usos y costumbre vigentes en el tráfico empresarial». El § 305 establece los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, y los §§ 308 y 309 recogen la lista de cláusulas grises y cláusulas negras, respectivamente. Por otro lado, el § 307.1 establece que serán ineficaces aquellas cláusulas contrarias a la buena fe, así como aquellas otras cuya redacción no sea clara y comprensible.

⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 174-178; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los adherentes empresarios semejante a la otorgada por la legislación alemana*, puesto que entiende que un listado de cláusulas abusivas aplicable también a los supuestos señalados «puede restringir excesivamente el poder de configuración –aunque unilateral– del contenido de los contratos». Este autor defiende que «la intensidad del control de las condiciones

Aunque no estemos de acuerdo, la realidad de nuestro ordenamiento jurídico muestra que no es posible una aplicación del juicio de abusividad o control de contenido a las condiciones generales de los contratos celebrados entre empresarios. En consecuencia, y volviendo al supuesto que aquí analizamos, las cláusulas suelo, tratándose de condiciones generales de la contratación incorporadas a un contrato de préstamo hipotecario concertado por un empresario, quedarían excluidas, en todo caso, del ámbito de protección otorgado por el régimen de las cláusulas abusivas, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.2 de la LCGC.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA NORMATIVA BANCARIA. EL CONCEPTO DE CLIENTE

2.1. El concepto de cliente en la normativa sobre transparencia bancaria

La Orden EHA/2899/2011⁵⁰ extiende los deberes de transparencia a todos los servicios financieros –incluidos los préstamos, con y sin garantía hipotecaria– prestados a los clientes, o clientes potenciales, de las entidades bancarias que sean personas físicas (art. 2.1 Orden EHA/2899/2011). Por tanto, esta normativa no es de aplicación a los préstamos hipotecarios celebrados con sociedades mercantiles⁵¹. Respecto a los empresarios individuales, su art. 2.4 dispone que los deberes de transparencia establecidos para los servicios de crédito y préstamo hipotecarios serán exigibles en todo caso, con independencia de que el cliente persona física actúe o no en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, sin que puedan acordar las partes la inaplicación total o parcial de dichas exigencias, como sí se permite para el resto de servicios contratados por estas personas. En consecuencia, los autónomos que contraten un préstamo hipotecario en el marco de su actividad empresarial obtienen protección de la

generales entre empresarios debe ser menor cuando menor sea la necesidad de protección», y entiende que esa menor protección «se puede articular mejor cuando el control es exclusivamente conforme a la cláusula general de buena fe», ya que mediante la aplicación de esta cláusula general se puede concretar la intensidad del control «en atención a la mayor o menor necesidad de protección del empresario o profesional adherente, atendiendo a determinados criterios (como, p. ej., el poder de negociación, el asesoramiento jurídico y económico de una y otra empresa contratante...)» (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, cit., pp. 275 y 289-290).

⁵⁰ La Orden EHA/2899/2011 se dictó en virtud de la habilitación concedida al Ministro de Economía y Hacienda por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 29.2, actualmente derogado por la LOSSEC), para que aprobase normas que garantizaran la transparencia en la concesión de préstamos y créditos.

⁵¹ La anterior regulación sobre transparencia bancaria –Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios– también excluía de su ámbito de aplicación a los prestatarios que fuesen personas jurídicas (art. 1.1).

normativa. Solamente resta saber si es necesario que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o no⁵².

Esta cuestión la resuelve el art. 19 de la citada Orden EHA/2899/2011, en el que se advierte que tales exigencias despliegan sus efectos en los supuestos en que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Entendemos que en esa finalidad general requerida a la hipoteca de «adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir» podría subsumirse el supuesto en el que un empresario persona física suscribe un préstamo hipotecario con el fin de destinarlo a adquirir un inmueble que sirva a su actividad empresarial. Parece, pues, como indica HERNÁNDEZ SAINZ, que la finalidad de la Orden EHA/2899/2011 es la de proteger a toda aquella persona física que sea la contraparte en el contrato de préstamo, con independencia de que lo destine a una actividad empresarial o no, y ello debido a una insuficiencia en la información que maneja respecto a la entidad de crédito⁵³.

Por otro lado, el art. 6.2 la Ley 1/2013 limita la exigencia de la expresión manuscrita del prestatario en la propia escritura pública a aquellos contratos de préstamo hipotecario «que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir», es decir, el ámbito de aplicación de nuevo es el mismo que el establecido por la Orden EHA/2899/2011⁵⁴.

Se observa, en definitiva, un concepto de clientela bancaria, a efectos de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito, construido en torno a la

⁵² La Orden de 5 de mayo de 1994 exigía además que la hipoteca recayese sobre una vivienda (art. 1).

⁵³ En este sentido, afirma HERNÁNDEZ SAINZ que la nueva normativa de transparencia bancaria – incluyendo la Orden EHA/2899/2011 y la CirBE 5/2012, así como el art. 6 de la Ley 1/2013– «otorga su protección a cualquier prestatario persona física con independencia de la finalidad para la que se concedió» (HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, pp. 75-76). Por el contrario, la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, limita todavía más el ámbito de aplicación, pues si bien la protección se extiende a todos aquellos contratos de crédito y préstamo garantizados con una hipoteca que recaiga sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir –al igual que establece la normativa española–, el prestatario necesariamente debe ostentar la condición de consumidor para quedar amparado por la Directiva (arts. 1 y 3.1 Directiva 2014/17/CEE). Recordamos que dicha Directiva todavía no ha sido incorporada al ordenamiento español.

⁵⁴ De nuevo, HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, pp. 75-76.

condición de persona física y diferenciado de la noción de consumidor⁵⁵ –lo cual creemos que es positivo debido a la mayor sofisticación de los servicios bancarios–, pero excluyendo del ámbito de aplicación de la normativa a toda persona jurídica⁵⁶. El motivo de esta exclusión puede estar, como apunta algún autor, en el hecho de que no parece razonable exigir a las entidades financieras los mismos estándares informativos cuando conceden un préstamo a una familia para la adquisición de una vivienda que cuando lo hacen a una sociedad mercantil que pretende financiar la adquisición de un inmueble en el que establecer o ampliar su negocio⁵⁷.

A nuestro juicio, el ámbito de aplicación de estas normas debería extenderse también a los supuestos en los que PYMEs solicitan préstamos hipotecarios con el fin de destinar el inmueble a su actividad empresarial o profesional, puesto que, como usuarios de servicios bancarios, son merecedores de una especial protección, máxime si tenemos en cuenta los escasos conocimientos económicos y financieros que la mayoría de clientes bancarios poseen frente a la entidad de crédito, lo que supone una asimetría en las posiciones de ambas partes⁵⁸.

Asimismo, es conveniente resaltar que un préstamo hipotecario es un servicio con especial transcendencia en el patrimonio de quien lo solicita, y por ello, el cliente que lo contrata debe estar plenamente informado de sus condiciones y características para saber cuál es la carga económica derivada del contrato, la cual va a tener un

⁵⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 5, 2013, pp. 64-95, pp. 66-67.

⁵⁶ MÚRTULA LAFUENTE considera criticable y no justificada la restricción del ámbito de la norma – Orden EHA/2899/2011– a las solas personas físicas, «pues al fin y al cabo el contenido de la Orden contempla sobre todo deberes de información y asesoramiento a cargo de las entidades financieras» (MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 13-14).

⁵⁷ FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Cláusulas suelo y control de transparencia: ¿también cuando el prestatario es empresario?», *www.hayderecho.com (Blog ¿Hay derecho?)*, publicado el 4 de febrero de 2015, consultado el 29 de abril de 2016.

⁵⁸ En apoyo a nuestra argumentación, el hoy derogado art. 29.2 LES empleaba el término «usuarios de servicios financieros» como merecedores de protección en la contratación de préstamos hipotecarios. De hecho la propia Orden EHA/2899/2011 manifiesta esa necesidad de protección del cliente de servicios bancarios separada de la protección a los consumidores, disponiendo que «[...] más allá de la defensa general de los consumidores, la protección del cliente de servicios bancarios trata de paliar los efectos que produce la desventaja informativa, fomentando la transparencia en las relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria». Pero parece que la Orden estima de poca envergadura la desventaja informativa en la que se hallan determinadas sociedades mercantiles, al excluirlas de su ámbito de aplicación. Sin embargo, resulta evidente que la falta de información y de poder de negociación de una pequeña empresa va a ser semejante a la de un empresario persona física, que sí queda amparado por dicha normativa (v. HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo I. El nuevo régimen...», *cit.*, pp. 78). En este sentido, la extensión de la protección a las PYMEs es propuesta por MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El régimen de transparencia...», *cit.*, pp. 68-69; y también por MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente...*, *cit.*, p. 14.

impacto significativo en su capacidad económica. Y además deben tenerse en cuenta las complejas fórmulas que se esconden detrás del clausulado de los contratos –como la limitación a la variabilidad del tipo de referencia «escondida» tras la cláusula suelo– fruto de una creciente sofisticación los productos bancarios, que escapan al conocimiento del cliente medio.

Al igual que ocurría con las distintas necesidades de protección de los adherentes según fuese una empresa de mayor o menor tamaño, tampoco es tan descabellado pensar que las grandes empresas no sean merecedoras de una protección tan exigente como la que pueden demandar pequeñas y medianas empresas, puesto que poseen medios e información suficientes para detectar posibles abusos por parte de las entidades bancarias. Por ello, sería adecuado fijar distintos mecanismos protectores en función de las necesidades de protección de los diferentes perfiles de clientes bancarios. De esta manera, la noción de clientela amparada por la normativa de transparencia bancaria se asimilaría en cierto modo al concepto de clientela minorista definida por la normativa MiFID, que desarrollaremos en el siguiente epígrafe.

2.2. El concepto de clientela minorista y profesional de la normativa MiFID.

Especial referencia a la contratación de *swaps* en el marco de operaciones de préstamo hipotecario con empresarios

Llegados a este punto, creemos oportuno entrar a analizar el concepto de clientela minorista recogido en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV)⁵⁹, que podría tomarse como referencia para hacer posible la extensión del ámbito de aplicación de la normativa de transparencia bancaria a las PYMEs, y asimismo realizar una comparación entre la problemática surgida en torno a la contratación de *swaps* por parte de pequeños y medianos empresarios vinculados a los

⁵⁹ El TRLMV sigue las previsiones de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (en adelante, MiFID2), que entre otras cuestiones, recoge un elenco de normas de conducta aplicables a las empresas de inversión (ESIs) –y, por tanto, a las entidades de crédito que prestan servicios de inversión–. La MiFID2 derogó la anterior Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID).

contratos de préstamo y la situación de aquellos que suscribieron préstamos hipotecarios con «cláusulas suelo».

En función de una mayor o menor necesidad de tutela del cliente de servicios de inversión, el art. 203 TRLMV establece dos categorías de clientes: cliente minorista y cliente profesional⁶⁰. En lo que aquí interesa, el TRLMV exige el cumplimiento por parte de los empresarios de, al menos, dos de los siguientes requisitos de tamaño para poder ser considerados clientes profesionales: «1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros» (art. 205.2.c) TRLMV). Por lo que las PYMEs y los empresarios individuales deben ser clasificados, en principio, como clientes minoristas⁶¹.

Bajo esa diferenciación entre clientes minoristas y profesionales subyace la idea de la asimetría informativa –por falta de experiencia, conocimientos y cualificación necesarios– que apuntábamos en el epígrafe anterior, si bien se acentúa significativamente en los supuestos de instrumentos financieros en comparación con los servicios bancarios ordinarios, puesto que los primeros presentan un mayor grado de complejidad. En definitiva, el TRLMV fija unas medidas de protección de los clientes de las ESIs basadas en la transparencia, claridad e imparcialidad de la información prestada⁶², que difieren según se trate de clientes minoristas o profesionales, esto es, la información que las entidades deben ofrecer a un cliente minorista debe ser de mayor amplitud que la otorgada a un cliente profesional, de forma que le permita obtener una

⁶⁰ El art. 204 TRLMV dispone que serán clientes minoristas «todos aquellos que no sean clientes profesionales», con lo cual nos obliga a acudir a la definición de cliente profesional para delimitar la noción de cliente minorista, recogida en art. 205 TRLMV. Esta Ley entiende por cliente profesional todo aquel a quien «se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos», y además establece una serie de criterios que deben concurrir en un cliente para ser clasificado como profesional.

⁶¹ No obstante, el art. 206 TRLMV concede a estas empresas la posibilidad de ser calificadas como clientes profesionales siempre que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.

⁶² Estas medidas fueron desarrolladas posteriormente por la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2015).

idea suficientemente completa del producto que contrata y de los riesgos asociados al mismo⁶³.

Estas medidas de protección amparan la contratación de instrumentos financieros, productos entre los que se incluyen los *swaps* o permutas financieras (art. 2 TRLMV)⁶⁴. Los *swaps* de tipos de interés han sido la modalidad empleada en la práctica habitual de la contratación bancaria los años previos al estallido de la crisis financiera para ofrecer a los clientes minoristas –a nuestros efectos pequeñas y medianas empresas– que habían suscrito préstamos a tipo de interés variable un «seguro» contra las eventuales subidas de los tipos de referencia⁶⁵. En la práctica financiera, el abono de los intereses fijo y variable intercambiados en virtud del *swap* se ha llevado a cabo mediante diferencias entre los saldos de ambas partes de la permuta, de tal forma que cuando el interés de referencia se encontraba por encima del tipo fijo era la entidad la que debía abonar la diferencia al cliente, y cuando el interés de referencia caía por debajo del tipo fijo era el cliente quien debía pagar la diferencia a la entidad⁶⁶.

Además, el tipo de referencia para el cálculo de los intereses variables del *swap* coincidía con el fijado en el préstamo del cliente –que normalmente era el Euribor más un diferencial–, por lo que el efecto provocado por la conjunción de ambos productos era que el cliente, en el supuesto de que el tipo de referencia subiese por encima del

⁶³ Básicamente las medidas de protección del cliente minorista se concretan en la obligatoriedad de realizar al cliente el «test de Idoneidad», consistente en la obtención por parte de la entidad de información necesaria sobre sus clientes que permita recomendarles los servicios de inversión e instrumentos financieros que más les convengan (art. 213.1 TRLMV), y un «test de Conveniencia», que en teoría le permite a la entidad comprobar que los instrumentos financieros ofrecidos o solicitados se adecúan a sus necesidades de inversión (art. 214.1 TRLMV).

⁶⁴ Podemos definir al *swap* como aquel contrato financiero por el que dos partes acuerdan, durante un periodo de tiempo establecido, el intercambio de flujos de caja futuros en función de parámetros objetivos, calculados sobre la base de una cantidad invariable –también llamada principal, nominal, nocional, etc.– que en ningún caso es objeto de entrega, sino que simplemente sirve para el cálculo de las cantidades anteriores (v. SALAS CARCELLER, A., «Nulidad por error del cliente bancario en un contrato de “swap”. Comentario sobre la STS de 26 febrero 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2015, pp. 133-139, p. 134; FERRANDO VILLALBA, M^a. L., «Swap: Vicios del consentimiento y anulación del contrato», *Diario La Ley*, núm. 7523, 2010, pp. 1-36, p. 1). Dependiendo del objeto de la permuta contratada, puede distinguirse, entre otros, entre *swaps* de tipos de interés, de divisas, de *commodities* o de materias primas y de acciones (v. MÉNDEZ TOJO, R., «La permuta financiera de tipos de interés o *swap*: error en el consentimiento o contrato consentido», *Diario La Ley*, núm. 7956, 2012, pp. 1-12, p. 1).

⁶⁵ El funcionamiento de este producto consiste básicamente en que el cliente paga intereses calculados en función de un tipo fijo (intereses fijos) y recibe intereses fijados en función de un tipo de referencia que fluctúa en el mercado (intereses variables), y por la otra parte, la entidad paga intereses variables y recibe fijos.

⁶⁶ MÉNDEZ TOJO, R., «La permuta financiera...», *cit.*, p. 2.

interés fijo de la permuta, debía pagar los intereses variables del préstamo pero percibía a cambio la diferencia a través del *swap*. El *swap* neutralizaba, así, la incertidumbre del cliente sobre la tendencia del tipo de referencia –de hecho funciona como instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés–, quien acababa pagando por efecto de la permuta unos intereses fijos, en contraste con el interés variable pactado en el contrato de préstamo.

Ahora bien, la práctica ha puesto de manifiesto que en muchas ocasiones no se informó adecuadamente al cliente acerca del supuesto de un descenso en el tipo de referencia que provoca una caída del índice por debajo del interés fijo de la permuta. Entonces, el cliente debería pagar los intereses variables fruto de lo pactado en el préstamo más la diferencia por compensación de los saldos de la permuta, esto es, el cliente no se beneficiaría de las bajadas del índice de referencia. En definitiva, el *swap* se comercializó, por lo general, como si se tratara de un producto que únicamente sirviese de límite máximo al interés variable que el cliente debía abonar en virtud del contrato de préstamo, es decir, una especie de «cláusula techo» –denominado en lenguaje financiero *cap*–.

En algunos casos la permuta de intereses se asociaba a un préstamo hipotecario que contenía una cláusula suelo, lo cual todavía era más gravoso para el cliente. En estos supuestos se daba la paradoja de que cuando descendía el índice de referencia por debajo del suelo, el cliente debía abonar la diferencia entre el interés fijo de la permuta y el valor del índice variable más el tipo mínimo fijado por la cláusula suelo, por lo que al final no sólo acababa pagando el tipo fijo de la permuta –que constituye el efecto neto del *swap*– sino unos intereses adicionales fruto de la diferencia entre el índice de referencia y el suelo⁶⁷.

⁶⁷ MÉNDEZ TOJO, R., «La permuta financiera...», *cit.*, p. 10. Además, no debemos olvidar que los *swaps* empezaron a comercializarse los años previos al inicio de la actual coyuntura de crisis económica y financiera, momento en que las entidades bancarias ya podían tener datos suficientes para prever una futura tendencia bajista de los tipos. En este sentido, la SAP Palencia núm. 51/2012 (Sección 1ª), de 21 de febrero (AC 2012\695), FJ cuarto, a propósito del pronunciamiento sobre un supuesto de permuta de intereses contratada por clientes minoristas, advertía que «las entidades financieras, por la cualificación profesional de su personal y por el acceso a determinada información, conocen con antelación la evolución del sector, previsiones a la baja en el tipo de interés, luego totalmente confirmadas con el brusco descenso experimentado por los tipos de interés en un breve espacio de tiempo que coincide con el límite contractual pactado por las partes».

En definitiva, se ha constatado que los *swaps* sobre tipos de interés constituyen instrumentos financieros con un alto grado de complejidad técnica y económica –de hecho el art. 217.3.b) TRLMV, en relación, con el art. 2.2 de la misma ley, los clasifica como instrumentos financieros complejos–, y que por ello requieren de una adecuada y completa información de las entidades para con la clientela minorista que permita garantizarle una comprensibilidad real de las características y condiciones del producto, así como de los riesgos que entraña su contratación, sobre todo en determinados escenarios de descenso de los tipos de interés⁶⁸.

Los efectos adversos que para los clientes minoristas contratantes de un *swap* asociado a un préstamo bancario generó el descenso del tipo de referencia –Euribor principalmente– provocó que muchos de ellos acudieran a los tribunales solicitando la nulidad del contrato⁶⁹. En efecto, los juzgados y tribunales han venido apreciando en la mayoría de litigios con estas características un error en el consentimiento por falta de información adecuada y precisa –que además era preceptiva a tenor de lo dispuesto en la LMV–, lo que supuso que el cliente no fuera consciente realmente del producto que estaba contratando, creyendo por error que la naturaleza del *swap* era la de un seguro o garantía que le protegería contra las eventuales subidas del índice de referencia, y desconociendo por otro lado los elevados costes que suponía la cancelación del susodicho contrato⁷⁰. La declaración por parte de los tribunales de la existencia de un error en el consentimiento ha supuesto la nulidad del contrato de permuta financiera.

En este sentido, adelantamos aquí que muchos de los pequeños y medianos empresarios que contrataron un préstamo hipotecario con cláusula suelo solicitaron a los tribunales la declaración de nulidad de dicha cláusula con fundamento en la doctrina del

⁶⁸ Señala FERRANDO VILLALBA que «las entidades de crédito demandadas en materia de *swap* no han cumplido generalmente con ninguno de estos principios –de transparencia– que deben inspirar su actuación, lo que nos hace pensar en el limitado efecto de esta normativa –LMV–, dado el elevado número de afectados [...], y lo fácil que ha sido en algunos casos evitar el cumplimiento de sus deberes de información, aludiendo en el contrato a que el cliente ha solicitado a la propia entidad ese producto, que no ha proporcionado la información necesaria y que además declara conocer unos riesgos que ignora o que conscientemente piensa que son mínimos en la creencia de que el *swap* era un producto financiero de cobertura de tipo de interés, una especie de seguro» (FERRANDO VILLALBA, M^a. L., «Swap: Vicios del consentimiento...», *cit.*, p. 4).

⁶⁹ El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en numerosas sentencias, entre ellas la STS núm. 840/2013 (de Pleno), de 20 de enero (RJ 2014\781), la STS núm. 383/2014 (Sala de lo Civil), de 7 de julio (RJ 2014\3541), la STS núm. 110/2015 (Sala de lo Civil), de 26 de febrero (RJ 2015\953), y la STS núm. 633/2015 (Sala de lo Civil), de 13 de noviembre (RJ 2015\5066).

⁷⁰ FERRANDO VILLALBA, M^a. L., «Swap: Vicios del consentimiento...», *cit.*, pp. 11-12.

error en el consentimiento. La jurisprudencia no ha sido tan benévola con los empresarios perjudicados, ya que algunas Audiencias Provinciales sí han accedido a sus peticiones pero muchas otras las han desestimado. Esto se ha podido deber a que las entidades financieras sí cumplieron con las exigencias de transparencia que se requieren por la normativa bancaria para dicha cláusula, por lo que no apreciaron tal insuficiencia de información que provocara un error en el consentimiento. A esto quizá se añadió el hecho de que las cláusulas suelo no constituyen productos de inversión complejos que requieran una protección por parte del ordenamiento jurídico semejante a la de los *swaps*, que por definición lo son.

3. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE «CLÁUSULAS SUELO». ESPECIAL REFERENCIA A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

La STS 241/2013, de 9 de mayo, resulta de una importancia crucial en la materia puesto que en ella el Tribunal Supremo fija unos controles a los cuales deben someter los juzgados y tribunales las «cláusulas suelo» para poder apreciar su posible nulidad⁷¹. En el epígrafe que sigue nos referiremos a la posibilidad de aplicar estos criterios a los supuestos en los que el perjudicado sea un empresario o profesional. Quizá la cuestión que mayor controversia haya suscitado la sentencia sea la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad declarada⁷², basándose el Tribunal para ello en el principio de seguridad jurídica, y, en particular, en el riesgo de trastornos graves en el orden público económico⁷³. No obstante, no nos detenemos a explicar esta cuestión, puesto que consideramos que el problema surge en torno a la posibilidad de aplicar o no los citados controles a las cláusulas suelo en el supuesto del prestatario empresario, y por tanto, poder declararlas también nulas por abusivas. Si esta respuesta fuese afirmativa,

⁷¹ Esta doctrina ha sido ratificada en posteriores pronunciamientos del TS, entre ellos, STS núm. 464/2014 (de Pleno), de 8 de septiembre (RJ 2014\4660), STS núm. 138/2015 (de Pleno), de 24 de marzo (RJ 2015\845), STS núm. 222/2015 (Sala de lo Civil), de 29 de abril (RJ 2015\2042), STS núm. 705/2015 (de Pleno), de 23 de diciembre (RJ 2015\5714).

⁷² Han manifestado expresamente su disconformidad con esta parte de la sentencia: ALONSO PÉREZ, M^a. T., «Capítulo III. Cláusulas frecuentes...», *cit.*, p. 169; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia...», *cit.*, p. 96. En este sentido, cabe reseñar que se espera próximamente un pronunciamiento del TJUE, respondiendo al Juzgado de lo Mercantil de Granada, sobre si los tribunales españoles pueden o no limitar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. La Comisión Europea ya se ha manifestado sobre la cuestión, solicitando al TJUE que se pronuncie en el sentido de que el Derecho de la Unión Europea no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad.

⁷³ Esta doctrina fue reiterada por la posterior STS núm. 139/2015 (de Pleno), de 25 de marzo (RJ 2015\735).

entenderíamos que los efectos retroactivos o irretroactivos operarían de igual modo que en el caso de contratos con consumidores.

3.1. La aplicabilidad de los criterios articulados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los contratos de préstamo celebrados entre empresarios o profesionales y entidades financieras

El primer control establecido por la STS 241/2013, de 9 de mayo (FJ decimoprimer), es el control de inclusión o incorporación. Este control se sustenta en los arts. 5.5 y 7 de la LCGC, que –como hemos venido afirmando– son de plena aplicación al supuesto del adherente empresario. El propio TS determina que «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». Según la doctrina del Alto Tribunal, el control de inclusión se refiere a la transparencia gramatical o formal de las condiciones generales, y basta para su superación con el cumplimiento de las exigencias establecidas por la normativa de transparencia bancaria, que en la mayoría de los casos se acataron. En este sentido, cabe señalar que a pesar de que los especiales deberes de transparencia no son exigibles a las entidades de crédito para los supuestos de contratos de préstamo hipotecario celebrados con sociedades mercantiles, dichas exigencias pueden servir de parámetros a los juzgados y tribunales a través de los cuales poder valorar la superación o no de los requisitos de incorporación establecidos en los arts. 5 y 7 LCGC.

Sin embargo, tales requisitos de incorporación no han sido suficientes en la práctica para garantizar una comprensibilidad real por parte de los clientes de las condiciones del préstamo hipotecario, y en particular de la cláusula suelo, y quizá por ello, y al tratarse de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, el Tribunal Supremo plantea un control de transparencia material (FJ decimosegundo y decimotercero), derivado de una interpretación *a contrario sensu* del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y basado en el art. 80.1 de la LGDCU⁷⁴. Atendiendo al ámbito de

⁷⁴ El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que los órganos judiciales de los estados miembros no podrán apreciar la abusividad de las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato –como las «cláusulas suelo»–, «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», y el art. 80.1 de la LGDCU, por su parte, establece que las cláusulas no negociadas individualmente incluidas en contratos con consumidores y usuarios deberán cumplir los requisitos de

aplicación subjetivo de ambas normas, este control no puede aplicarse a aquellas condiciones generales incorporadas en contratos celebrados entre una entidad financiera y un empresario o profesional.

Llama la atención cómo los requisitos exigidos por el art. 5.5 LCGC –transparencia, claridad, concreción y sencillez–, en el cual se basa el control de inclusión, y los exigidos por el art. 80.1 LGDCU –concreción, claridad, sencillez en la redacción, accesibilidad y legibilidad–, sobre el que se apoya el control de transparencia, presentan una similitud importante. De hecho, algunos autores defienden que las condiciones de incorporación del art. 5 LCGC engloban tanto los requisitos de inclusión formales, como los requisitos de transparencia que se proyectan sobre los elementos esenciales del contrato y que permiten su comprensibilidad real⁷⁵. A nuestro juicio, se trata de dos controles que deben enjuiciarse separadamente, por lo que no sería adecuado acudir por la vía del incumplimiento de los deberes de transparencia material para la protección de los intereses de los empresarios prestatarios, ya que no es un control aplicable a estos supuestos.

La consecuencia de que una condición general referida al objeto principal del contrato no supere el control de transparencia es su sometimiento a un control de contenido o de abusividad (FJ decimocuarto), con fundamento en art. 8.2 LCGC⁷⁶. Por tanto, tampoco cabe realizar un juicio de abusividad –o de desequilibrio entre las

«[...] concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa», así como los de «[...] accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia o contenido».

⁷⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a la Disposición adicional...», *cit.*, p. 764; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 7. No incorporación», en AA.VV. *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 1999, p. 235-258, p. 236; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., *et al.*, «Capítulo 7. Criterios determinantes...», *cit.*, p. 102-103.

⁷⁶ A pesar de la apariencia de que el principal motivo por el que el TS declara la nulidad de las cláusulas suelo es el incumplimiento de los requisitos de transparencia material, el Tribunal considera imprescindible comprobar –después del análisis del control de transparencia– que las cláusulas provocan, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (objeto del control abusividad). Este control de contenido proyectado sobre una cláusula suelo consiste básicamente, según el TS, en atender al «real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto» y comprobar que las cláusulas suelo, en función de las previsiones de variación de los tipos de interés de referencia al alcance de las entidades de crédito, exclusivamente ofrecen cobertura a los riesgos de oscilación a la baja a los que se exponen las mismas, frustrando las expectativas de los consumidores del abaratamiento del crédito por tales tendencias bajistas. Por lo que entiende no superado dicho control por las cláusulas suelo. Sobre estas cuestiones, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-28, p. 24; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia...», *cit.*, p. 340.

prestaciones de las partes– a las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario suscritos por empresarios⁷⁷.

A pesar de lo defendido en epígrafes anteriores sobre la necesidad de articular un control de contenido que proteja a los empresarios frente a condiciones generales eventualmente abusivas, debemos añadir que compartimos la determinación de la normativa europea –Directiva 93/13/CEE– de excluir del control de contenido, en un primer momento, las cláusulas no negociadas individualmente que delimitan el objeto principal del contrato. Además sería ciertamente contradictorio que en el ordenamiento español existiera la posibilidad de realizar un juicio de abusividad sobre dichas cláusulas en los contratos celebrados con adherentes empresarios y no en aquellos celebrados con un consumidor como consecuencia, precisamente, de la aplicación de una normativa europea que pretende garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Esto es, se estaría otorgando una mayor protección a los empresarios adherentes que a los consumidores, lo cual generaría una incoherencia del sistema a la luz de lo dispuesto en el art. 51 CE.

Por ello, postulamos la necesidad de controlar la transparencia material de las condiciones generales referidas al objeto principal de los contratos en tales supuestos, de manera que el empresario adherente tuviese la oportunidad de comprender de forma real y completa los elementos que definen o se refieren a elementos esenciales del contrato sobre los que está prestando su consentimiento. En este sentido, consideramos conveniente trasladar ese control de transparencia material surgido a raíz de una interpretación *a contrario sensu* del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a la normativa española sobre condiciones generales de la contratación. Así, el ámbito de aplicación de este control se extendería también a los supuestos de empresarios adherentes, puesto que las PYMEs presentan similares necesidades de protección a los consumidores por no tener la capacidad de influir o negociar el contenido del contrato. De esta forma, las condiciones generales referidas al objeto principal de los contratos que no superasen tales requisitos de transparencia real, también en los contratos celebrados con empresarios deberían inexcusablemente ser sometidas a un juicio de abusividad.

⁷⁷ Además, el TS desarrolla este control de contenido atendiendo a lo dispuesto en los arts. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.1 de la LGDCU –completando así la regulación del art. 8.2 LCGC–, cuyos ámbitos de aplicación subjetivos, recordamos, limitan su alcance a los contratos celebrados con consumidores.

Además, esta conclusión es acorde con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁷⁸ formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»)⁷⁹, en cuyo art. 4:110 se establece que «una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, 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, puede anularse por la parte afectada», exceptuando el supuesto en que la misma concrete el objeto principal del contrato, «siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», y ello con independencia de que la parte afectada posea la condición de consumidor o no.

Volviendo al caso que nos ocupa, las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo hipotecario celebrados con empresarios o profesionales deberían someterse, a tenor de lo argumentado en párrafos anteriores, a un control de transparencia en primer lugar, y únicamente en el supuesto de que no lo superasen, podría entrarse a valorar el eventual carácter abusivo de las mismas. En función de la dinámica en la contratación bancaria de las entidades de crédito de nuestro país, con toda seguridad la cláusula suelo del préstamo de una pequeña o mediana empresa o de un empresario individual no superaría el control de transparencia material articulado por el TS, ya que la activación de dichas cláusulas tuvo un carácter sorpresivo para los empresarios que suscribieron contratos de préstamo hipotecario, entre cuyo clausulado se encontraba un límite a la baja de la variación del tipo de referencia que provocaba un considerable aumento de los intereses a pagar por el prestatario⁸⁰. Los medianos y, sobre todo, los pequeños empresarios no fueron conscientes en el momento de celebración del contrato de préstamo del importante papel que la cláusula suelo jugaba en la economía del contrato, siendo un elemento definitorio de su objeto principal.

Pero a pesar de la concurrencia de los requisitos del control de transparencia en las cláusulas suelo de los contratos de préstamo suscritos por empresarios⁸¹, dicho

⁷⁸ Debemos aclarar que estos principios carecen de rango normativo y, por tanto, no tienen por sí mismos carácter vinculante; solo serán aplicables con carácter vinculante si las partes así lo han dispuesto en el contrato.

⁷⁹ Se ha consultado, para ello, la traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, O. / BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93, obtenida de <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

⁸⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo...», *cit.*, p. 85, y «Falta de transparencia...», *cit.*, p. 6; ALONSO PÉREZ, M^a. T., «Capítulo III. Cláusulas frecuentes...», *cit.*, p. 157.

⁸¹ Los requisitos que conforman el control de transparencia material acuñado por la doctrina del TS son: falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal

control no puede aplicarse a estos supuestos –como queda patente en la STS 241/2013 de 9 de mayo–, en atención a lo dispuesto en la normativa tanto europea como española. Por tanto, los tribunales españoles no tendrían opción, en principio, de declarar la nulidad de las citadas cláusulas por esta vía y en aplicación de los criterios de transparencia del TS.

3.2. Pronunciamientos de la jurisprudencia menor favorables a una aplicación del régimen de las «cláusulas suelo» a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con empresarios

A pesar de la meridiana claridad con la que el Tribunal Supremo delimita, en la analizada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, el alcance de los controles de transparencia y contenido, parte de la jurisprudencia menor ha considerado oportuno extender la doctrina jurisprudencial sobre «cláusulas suelo» a supuestos en los que el prestatario no ostentaba la condición de consumidor, sino que adquiriría el préstamo hipotecario con el fin de destinarlo a una actividad profesional o empresarial⁸². Quizá esta disparidad de criterios jurídicos se haya debido a la falta de un pronunciamiento claro y expreso sobre la cuestión –el Alto Tribunal sólo se ha referido a ella a modo de *obiter dicta*–, lo cual tiene sentido puesto que la demanda que originó el litigio fue ejercitada por una Asociación de Consumidores⁸³.

Las Audiencias Provinciales que han abogado por esta posición han llegado a declarar la nulidad de las citadas cláusulas incorporadas a contratos de préstamo suscritos por empresarios por muy distintas vías.

del contrato; se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad; se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. El posterior Auto de Aclaración de la sentencia, de 3 de junio de 2013 (núm. 12), dejó claro que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta, por lo que pueden considerarse otras distintas en función del supuesto de hecho analizado, y además no es necesario que concurren todas ellas.

⁸² V. YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., «Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. Especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios», *Diario La Ley*, núm. 8419, 2014, pp. 1-8, p. 1.

⁸³ PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, pp. 151-169, p. 154; FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Cláusulas suelo y control de transparencia...», *cit.*

La Audiencia Provincial de Córdoba ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en varias ocasiones. En sus primeros pronunciamientos –sentencias núm. 114/2013 (Sección 3ª), de 18 de junio⁸⁴, y núm. 340/2014 (Sección 1ª), de 17 de julio⁸⁵–, la AP de Córdoba declara que el doble control de transparencia articulado por la jurisprudencia del Supremo no es aplicable al supuesto del prestatario empresario, «pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual», con base en lo dispuesto por la Exposición de Motivos de la LCGC. Así, la Audiencia declara nulas las cláusulas suelo por un error en el consentimiento (arts. 1261, 1265 y 1266 CC), basándose para ello en el abuso de posición dominante que mantiene la entidad financiera frente a pequeñas empresas, en el carácter sorpresivo de las cláusulas y en el desequilibrio entre las prestaciones inferido del art. 1256 CC.

En un pronunciamiento más reciente –sentencia núm. 494/2014 (Sección 1ª), de 14 de noviembre⁸⁶–, la AP de Córdoba cambia su criterio declarando nulas las cláusulas suelo por contravenir las exigencias de la buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCom), como consecuencia de un defecto de transparencia y de un abuso de posición dominante⁸⁷.

Por otro lado, creemos conveniente señalar que la AP de Córdoba, a pesar de determinar en sus primeros pronunciamientos la existencia de un error en el consentimiento, consideró que la nulidad únicamente debía afectar a la cláusula enjuiciada, salvando así la eficacia del resto del contrato que seguía siendo válido. Ello lo determinó con base en los arts. 9.2 y 10.2 LCGC. Sin embargo, el art. 9.2 prevé la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de las cláusulas enjuiciadas afecte a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC. Por ello, no sería descabellado pensar que el efecto del error en el consentimiento es la invalidación de todo el contrato⁸⁸, si se alega que el prestatario incurrió en un error acerca de las

⁸⁴ AC 2013\1880.

⁸⁵ JUR 2014\258485.

⁸⁶ JUR 2015\33683.

⁸⁷ La AP defiende, en este último pronunciamiento de 14 de noviembre, que «el principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual» puede ser capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, y en particular, «las cláusulas que incurren en un defecto de transparencia, es decir aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la falta de transparencia de cláusulas que perjudican al adherente».

⁸⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., p. 145.

características de uno de los elementos esenciales del contrato. Siendo así, consideramos que esta no sería una solución adecuada para la situación de los pequeños empresarios, puesto que necesitan la financiación privada para garantizar la continuidad de su actividad⁸⁹. Por eso, estimamos más conveniente acudir a la vía del incumplimiento de la buena fe contractual (art. 1258 CC) antes que al error en el consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC), por prestarse con mayor seguridad a una declaración de nulidad exclusivamente de la cláusula infractora.

Muy distinta es la vía a la que acude la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª), en su sentencia de 21 de marzo de 2014⁹⁰, para declarar la nulidad de las cláusulas suelo objeto de su enjuiciamiento. En esta sentencia, la AP, después de efectuar un análisis de los conceptos de consumidor, cliente bancario, cliente minorista y cliente profesional, entiende que los controles de transparencia y abusividad también son aplicables a los supuestos del prestatario empresario, y declara nulas por abusivas las cláusulas suelo objeto de su enjuiciamiento, amparándose en el argumento del abuso de posición dominante extraído del Preámbulo de la LCGC y en la buena fe contractual del art. 1258 CC.

Por otro lado, la SAP Cáceres núm. 140/2013 (Sección 1ª), de 3 de junio⁹¹, argumenta de forma muy sucinta que el examen de las cláusulas suelo de préstamos entre empresarios no debe hacerse desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios, sino desde la perspectiva de la LCGC. Desde esta óptica, y siguiendo lo que sostiene parte de la doctrina científica, entiende que los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo son exigibles a cualquier condición general, aunque se empleen en la negociación entre profesionales, pues forman parte de los criterios de incorporación y transparencia de los arts. 5 y 7 LCGC. Tras analizar las cláusulas objeto de litigio y estimar que no superan los requisitos de transparencia, la Audiencia Provincial de Cáceres determina su nulidad sin ni siquiera realizar previamente un examen del eventual desequilibrio de contraprestaciones.

En conclusión, se observa cómo las Audiencias Provinciales siguen dos vías principales a través de las cuales declarar la nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos celebrados entre una entidad de crédito y un profesional o empresario: la

⁸⁹ ALONSO PÉREZ, Mª. T., «Capítulo III. Cláusulas frecuentes...», *cit.*, p. 167-168.

⁹⁰ AC 2014\648.

⁹¹ AC 2013\1488.

extensión del control de transparencia a aquellas personas que no ostentan la condición de consumidor, y la declaración de nulidad basada en las normas generales de los contratos contenidas en el CC⁹².

Desde nuestra perspectiva, la manera más acertada de declarar la nulidad de una cláusula suelo convenida entre empresarios cuando la misma presenta un claro defecto de transparencia, y unido a la evidencia de que dicha cláusula provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en beneficio de la entidad financiera, es la utilización del art. 8.1 LCGC en relación con los arts. 1258 CC y 57 CCom⁹³.

A nuestro juicio, las sentencias que han declarado la nulidad de las cláusulas suelo en estos supuestos basándose en las normas generales de la contratación, han omitido la alusión al art. 8.1 de la LCGC, el cual establece que «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», precepto aplicable a cualquier contrato de adhesión, sea el adherente consumidor o no. Y, con base en este artículo, puede evaluarse la posible contravención por parte de la referida condición general de la contratación del principio general de la buena fe contractual establecido en el art. 1258 CC, y que se concreta para el caso de contratos mercantiles en el art. 57 CCom. Si llegamos a la conclusión de que la cláusula suelo ha sido dispuesta en el contrato de préstamo hipotecario de manera tal que infringe dicho precepto, puede declararse su nulidad de pleno derecho conforme al art. 8.1 LCGC.

Esto es así puesto que el art. 1258 CC no dispone ningún mecanismo concreto para el supuesto en que las cláusulas vulneren la buena fe contractual –aunque la consecuencia lógica que en la práctica aplican los jueces y tribunales sea su nulidad–, y además la previa aplicación del art. 8.1 de la LCGC permite establecer un nexo de unión entre el carácter de condición general de la contratación que posee la cláusula suelo y el juicio sobre su eventual nulidad en atención a las normas generales de los contratos. Esta sería, por otra parte, la solución más próxima al control de contenido articulado

⁹² PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., «El concepto de consumidor...», *cit.*, pp. 157-159.

⁹³ Esta es la vía escogida por una sociedad mercantil demandante de cuyo litigio conoció la AP de Madrid –sentencia núm. 60/2015 (Sección 28ª), de 27 de febrero (JUR 2015\103179)–, pero que no llega a resolver sobre el fondo del asunto, sino que simplemente se pronuncia acerca de cuestiones puramente procesales.

para las condiciones generales de la contratación con consumidores, ya que la cláusula general de abusividad recogida en el art. 82.1 LGDCU apela a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones del contrato.

También puede alcanzarse la declaración de nulidad por la vía de los vicios del consentimiento, y en concreto, por aplicación de los arts. 1265 y 1266 CC que regulan el error. Sin embargo, como ya hemos manifestado, no nos parece ésta la vía más adecuada por el peligro que comporta una posible nulidad de todo el contrato. Por supuesto, no creemos que la opción de extender el control de transparencia a empresarios pueda ser una opción⁹⁴, ya que el TS se basa para la construcción de este control en la normativa protectora de los consumidores y usuarios, de cuyo ámbito subjetivo quedan excluidos –como no puede ser de otra manera– las personas físicas y jurídicas que actúen con un propósito relacionado con una actividad comercial, profesional o empresarial.

⁹⁴ Sin embargo, hay autores que defienden la conveniencia de aplicar por vía analógica el control de contenido a los contratos de adhesión en los que el adherente actúa empresarial o profesionalmente (MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., «Bienvenidas sean recientes decisiones judiciales favorables a someter a control de contenido las condiciones generales utilizadas frente a adherentes empresarios o profesionales», *www.ccopyme.org*, publicado el 11 de noviembre de 2013, consultado el 6 de mayo de 2016).

IV. CONCLUSIONES

Las «cláusulas suelo» constituyen un reflejo de los abusos que las entidades de crédito han venido cometiendo en la comercialización de sus productos y servicios; en particular, en la contratación de préstamos hipotecarios. La práctica bancaria ha revelado que la mayoría de los clientes que contrataron un préstamo hipotecario con limitación a la baja de la variabilidad del tipo interés de referencia no fueron conscientes realmente del alcance y los efectos que podía provocar sobre su patrimonio la activación de dicha cláusula en un previsible –para las entidades bancarias– futuro entorno de bajada de los tipos.

Pero no sólo los clientes que suscribieron préstamos hipotecarios con el fin de destinarlos a la adquisición de viviendas –o dicho de otro modo, clientes que ostentan la condición de consumidores y usuarios– tuvieron esa falsa creencia sobre el interés pactado en el contrato, sino que el problema de las «cláusulas suelo» afectó también a autónomos y PYMEs que contrataron préstamos hipotecarios destinados a la financiación de la propia actividad empresarial o profesional, y cuya hipoteca recaía sobre un bien inmueble que no necesariamente era una vivienda. Sin embargo, los clientes consumidores han encontrado una protección judicial en este ámbito que los clientes empresarios no han conseguido de forma tan clara. De hecho, muchas Audiencias Provinciales han denegado la protección a los empresarios que contrataron un préstamo con cláusula suelo por no ostentar la condición de consumidor.

En los contratos bancarios es frecuente recurrir al empleo de condiciones generales, por ser éste un mecanismo eficaz para la contratación en masa que permite reducir costes a las entidades. La cláusula suelo forma parte de las condiciones generales que constituyen el contenido del contrato de préstamo hipotecario, y en consecuencia, le es de plena aplicación lo dispuesto en la LCGC. Y, por otro lado, además de ser una condición general, se refiere al objeto principal del contrato, que en el caso del préstamo es el interés.

El Tribunal Supremo, en función de lo dispuesto en la LCGC, en la LGDCU y en la Directiva 93/13/CEE, articuló tres controles que las cláusulas suelo debían superar para considerarse válidas y eficaces en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo –doctrina ratificada por ulteriores pronunciamientos del Alto Tribunal–. El primero de ellos, el control de inclusión, está basado en los arts. 5 y 7 de la LCGC y es plenamente

aplicable a los adherentes empresarios. Los controles de transparencia y de contenido, por el contrario, únicamente se aplican a los supuestos en los que el adherente sea un consumidor, por residir su fundamento en preceptos de la normativa de protección a los consumidores y usuarios.

Por tanto, contamos con una normativa sobre condiciones generales de la contratación que sólo protege al adherente consumidor con plenitud, mientras que el empresario que suscribe un contrato de adhesión ve mermada su legítima protección jurídica, ya que únicamente puede controlarse en estos casos la redacción gramaticalmente correcta de las condiciones incorporadas al contrato, objeto del control de inclusión antes referido.

No obstante, a pesar de la necesidad de otorgar una mayor protección a los adherentes empresarios –al menos a los empresarios individuales y a las PYMEs– extendiendo el control de contenido también a estos supuestos, la normativa comunitaria establece para el caso de cláusulas no negociadas individualmente referidas al objeto principal del contrato que no podrán someterse a un control de contenido, a menos que no quede acreditada su transparencia (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Abogamos por un control del contenido de las condiciones generales referidas a elementos esenciales de los contratos, cualquiera que sea la condición del adherente, únicamente cuando éstas no superen un control de transparencia en sentido material –tal y como lo definió el Tribunal Supremo–. Este cambio normativo podría venir dado bien por una normativa europea, bien por la propia legislación española en materia de condiciones generales de la contratación. En consecuencia, defendemos la extensión del control de transparencia real a las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos por empresarios o profesionales.

La STS 241/2013, de 9 de mayo, establece una serie de criterios de transparencia que, superados, garantizan la comprensibilidad real por parte del prestatario tanto de la carga económica como de la carga jurídica que supone para él la cláusula suelo. Estos criterios responden al control de transparencia y son la pieza clave en el pronunciamiento del Alto Tribunal, pues parecen ser la razón última por la cual se declaran nulas las cláusulas suelo. Pero este control no es aplicable a los supuestos de adherentes empresarios.

Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales han decidido extender estos requisitos a los supuestos del prestatario empresario, pues entienden que el control de incorporación incluye también la transparencia real de la que habla la STS 241/2013, de 9 de mayo. Otras Audiencias, estimando la necesidad de protección que merecen los pequeños empresarios frente a las entidades bancarias, han optado por la vía de las normas generales de la nulidad contractual. En concreto, las principales vías por las que se han inclinado han sido los vicios del consentimiento de los arts. 1265 y 1266 CC, y la buena fe contractual del art. 1258 CC. A nuestro parecer, es más aconsejable apelar a la buena fe contractual para defender que un empresario no fue consciente de los efectos que la cláusula suelo podía tener sobre su préstamo, puesto que la aplicación de la doctrina de los vicios del consentimiento puede llevar a la nulidad de todo el contrato de préstamo, con las perjudiciales consecuencias que ello puede tener para el empresario adherente.

Por otro lado, la normativa de transparencia bancaria que regula la forma en que debe presentarse una cláusula de tales características tanto en la redacción del contrato como en la oferta previa, restringe su ámbito de aplicación a las personas físicas, quedando, por tanto, excluida cualquier sociedad mercantil que contrate un préstamo hipotecario. En este sentido, podría pensarse en extender el ámbito de aplicación de la misma a lo que la normativa MiFID denomina clientes minoristas, concepto que se ajusta en mayor medida a la protección que debiera otorgar una norma que impone a las entidades de crédito deberes de transparencia en la comercialización de productos y servicios bancarios, debido a la falta de información financiera y de medios suficientes de los pequeños y medianos empresarios para conocer y comprender el contenido de todo el clausulado de los contratos celebrados con estas entidades.

Si bien es cierto que sería conveniente un ámbito de aplicación más amplio de la normativa bancaria que amparase también a los prestatarios empresarios, la realidad ha demostrado que todas estas reglas de transparencia en la redacción de los contratos y de las ofertas no han sido de gran utilidad a la hora de que el cliente conociera realmente todo el contenido económico de los contratos y fuese capaz de contratar libremente y con conocimiento de causa. Por lo que quizá sería conveniente reforzar estos deberes de transparencia para garantizar una comprensibilidad real por parte del cliente bancario.

En definitiva, se ha podido observar a lo largo de todo el trabajo cómo los empresarios –especialmente las PYMEs– han quedado desprotegidos por el ordenamiento jurídico en el ámbito de la contratación bancaria. Tanto es así, que los criterios esgrimidos por el Tribunal Supremo para declarar nula una cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor no pueden extenderse al supuesto del prestatario empresario por estar basados en la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios, cuando las mismas circunstancias de falta de transparencia y desequilibrio entre las partes se dieron generalmente en la contratación de préstamos hipotecarios con fines empresariales o profesionales. No obstante, los jueces y tribunales pueden encontrar en las normas generales de la contratación un mecanismo de protección a los pequeños y medianos empresarios frente a los abusos de la banca.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Vivienda y Crisis Económica. (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, (dir. M^a. T. Alonso Pérez), Aranzadi, Navarra, 2014.

AA.VV. *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 1999.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales: una perspectiva española y europea*, Aranzadi, Navarra, 2009.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.

CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, 3, 2015, pp. 67-105.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Cláusulas suelo y control de transparencia: ¿también cuando el prestatario es empresario?», *www.hayderecho.com (Blog ¿Hay derecho?)*, publicado el 4 de febrero de 2015, consultado el 29 de abril de 2016.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I., IZQUIERDO BLANCO, P., SERRA RODRÍGUEZ, A. y SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo*, Bosch, Barcelona, 2014.

FERRANDO VILLALBA, M^a. L., «Swap: Vicios del consentimiento y anulación del contrato», *Diario La Ley*, núm. 7523, 2010, pp. 1-36.

FRADE HEVIA, M^a. I., «Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo)», *Actualidad Civil*, núm. 8, 2012, pp. 836-866.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *Revista de derecho bancario y bursátil*, 133, 2014, pp. 295-344.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 5, 2013, pp. 64-95.

MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las cláusulas generales. Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales», *www.ambito-juridico.com.br*, publicado el 23 de noviembre de 2005, consultado el 19 de abril de 2016.

MÉNDEZ TOJO, R., «La permuta financiera de tipos de interés o *swap*: error en el consentimiento o contrato consentido», *Diario La Ley*, núm. 7956, 2012, p. 1-12.

MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., «Bienvenidas sean recientes decisiones judiciales favorables a someter a control de contenido las condiciones generales utilizadas frente

a adherentes empresarios o profesionales», *www.ccopyme.org*, publicado el 11 de noviembre de 2013, consultado el 6 de mayo de 2016.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

NIETO CAROL, U., «Capítulo 10. Condiciones generales en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor», en AA.VV. *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, (dir. U. Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2013, p. 1-28.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 9, 2012, pp. 81-94.

PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 2014, pp. 151-169.

SÁNCHEZ CALERO, F., «El Código de comercio y los contratos mercantiles», en AA.VV. *Centenario del Código de Comercio*, (dir. M. Motos), vol. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 211-260.

SALAS CARCELLER, A., «Nulidad por error del cliente bancario en un contrato de “swap”. Comentario sobre la STS de 26 febrero 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2015, pp. 133-139.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., «Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. Especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios», *Diario La Ley*, núm. 8419, 2014, pp. 1-8.