



Universidad
Zaragoza

1542

TRABAJO FIN DE MASTER

**Dictamen jurídico en respuesta a consulta formulada sobre la acción a ejercitar
tras desestimar la entidad financiera acuerdo extrajudicial conforme al RDL
1/2017 por considerar a los prestatarios no consumidores**

Autora

Victoria Cuartero García

Directora

María Martínez

Facultad de Derecho

2016

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	3
I. ANTECEDENTE DE HECHOS	4
II. CUESTIÓNES PLANTEADAS	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	7
1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO	7
1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	8
1.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	9
2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL RDL 1/2017	12
2.1. OBJETO Y SUJETO	13
2.2. PROCEDIMIENTO	13
3. LEGITIMACION ACTIVA	14
4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION	16
5. CONDICION DE CONSUMIDOR	19
5.1. DEFINICIÓN	19
5.2. CONDICION CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL	20
A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE	21
B. ANÁLISIS DOCTRINAL	21
C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	25
5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA	27
A. CONTROL INCORPORACIÓN	33
B. CONTROL TRANSPARENCIA	34
6. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	43
ANEXOS	47

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
D.	Don
D ^a	Doña
FJ	Fundamento jurídico
JO	Juicio ordinario
LCD	Ley Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
Núm.	Número
OM	Orden ministerial
RD	Real Decreto
RDL.	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuario
TS	Tribunal Supremo

DICTAMEN que emite Dña. Victoria Cuartero García con fecha de 01 de julio de 2017 a solicitud de mis clientes Don José María y Doña Yolanda.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto de la potencial reclamación es que se declare nula la cláusula suelo-techo de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de febrero de 2006 manteniéndose la vigencia del contrato de préstamo sin la aplicación los límites suelo del 2,50% y del techo del 15% y la restitución de todas las cantidades abonadas en exceso **desde el comienzo**.

Asimismo, dicha pretensión debe extender sus efectos al documento de 15 de octubre de 2013 denominado contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios.

Por todo ello, hacemos un estudio de los documentos tales como la escritura de préstamo hipotecario (Anexo 1) otorgada el día 23 de febrero de 2006 y el contrato de novación (Anexo 2) de la que se deducen los siguientes datos relevantes:

-los prestatarios son de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora.

- El prestamista es la entidad financiera Bantierra.

- El capital prestado ascendió a de 300.000 € siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas, una por cada uno de los matrimonios, en la calle Cuenca de esta ciudad de Zaragoza. Asimismo, señalar que los clientes residen en una de ellas, en concreto la situada en el nº 7 BJ de la C Cuenca, tal y como consta en el poder para pleitos por ellos otorgado y la otra estuvo a disposición del otro matrimonio para su uso y disfrute y el de otro de sus hijos.

-En esta escritura, lo que es la materia propia de los intereses se incluye en la cláusula 3^a, en la que además se fija un tipo de interés para el primer periodo que comprende hasta el día 31 de agosto de 2006 del 2,873 %. Tras ello se establece en la cláusula 3^a bis un tipo de interés variable que se fijó en el Euribor +0,65 puntos. A renglón seguido se indica que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual.

- Por su parte el documento de 15 de octubre de 2013 denominado “contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios” redujo el tipo de interés de la cláusula suelo al 1,50 % nominal anual.

PREVIO.- Que tal como se recogió en la correspondiente hoja de encargo, en fecha 20 de febrero de 2017 el matrimonio formado por Don José María y Doña Yolanda reclamaron mi asesoramiento jurídico y mi dirección letrada con la finalidad de emitir un Dictamen respecto al relato fáctico que será expuesto a continuación:

PRIMERO.- En enero de 2016, mis clientes junto con los padres de Doña Yolanda, los Sres. Don Antonio y Doña Aurora, solicitaron un préstamo hipotecario con Bantierra, para la autopromoción de dos viviendas cuyos fondos se destinarián a la construcción de primera vivienda - Autopromoción, tal y como consta en la Propuesta de Préstamo y que finalmente destinaron a ser vivienda habitual de los primeros y uso y disfrute de los segundos.

SEGUNDO.- En febrero de 2006, se otorgó escritura de préstamo hipotecario, ante el notario D. José-Manuel Enciso Sánchez, en la que los prestatarios fueron de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de la D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora. Siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas por cada uno de los matrimonios en la c/cuenca de esta ciudad de Zaragoza, constando que los mandantes residen en una de ellas.

Tal y como figura en dicha escritura, el importe de la operación ascendía a 300.000 €, pactándose en la cláusula 3^a un plazo de devolución del préstamo de 32 años y el pago de un tipo de interés fijo de un 2,873 % durante los seis primeros meses. A partir de ese momento los clientes abonarían un tipo de interés variable, consistente en adicionar al EURIBOR a un año un diferencial de un 0,65 %.

Tras ello se establece que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual. No se hace en ningún momento mención alguna a la existencia de una cuota mínima o tipo mínimo, salvo la que hemos señalado.

En consecuencia, los clientes no fueron informados ni de la existencia ni de las repercusiones del establecimiento de un tipo mínimo, ni antes ni durante la suscripción de la operación, descubriendo su existencia y funcionamiento mucho tiempo después al comprobar que pese a la notable bajada de tipos de interés a nivel general, su cuota se mantenía constante. Circunstancia que desvirtúa el

carácter variable del interés del préstamo que suscribieron convirtiéndose de facto en préstamo de interés fijo ya que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, convirtiendo el préstamo en un tipo fijo y que solo es variable al alza a partir de un determinado nivel del tipo de referencia

TERCERO.- Ante la circunstancia expuesta con anterioridad en la que mis mandantes se percataron de las consecuencias de haber contratado una cláusula de las denominadas suelo-techo, en octubre de 2013 acudieron a la Entidad para solicitar que se le dejara de aplicar. Si bien lo que se les ofreció fue un contrato de los denominados de novación consistente en una reducción del interés aplicado, constituyéndose un nuevo suelo del 1,50% nominal anual y donde los actores expresamente reconocieron que conocían la existencia de la cláusula suelo-techo, al mismo tiempo que renunciaron expresamente a la acción judicial relativa a la cláusula suelo objeto de dicha novación. Este asunto será tratado más adelante y valoraremos si en ese caso los actores carecen de legitimación activa para solicitar un pronunciamiento judicial que suponga la anulación de lo acordado en ese documento privado y en todo caso si este contrato debería ser nulo.

CUARTO.- El 24 de enero de 2017, D. José M^a y D^a Yolanda, presentaron escrito ante la Sucursal de Bantierra acogiéndose al procedimiento regulado por el vigente RDL 1/2017.

QUINTO.- Uno de los prestatarios, D. Antonio, de profesión albañil (ahora pensionista), no solicitante de este dictamen constituyó en 1996 una sociedad mercantil limitada denominada “Construcciones Serrano, SL”, cuyo objeto social es la construcción de obras y trabajos de albañilería, con una participación del 20%, junto con sus dos hermanos y dos hijos de éstos (uno de ellos hermano de la solicitante, D^a Yolanda),

El objeto social de la mercantil es la construcción de obras y albañilería, no la promoción de viviendas.

SEXTO.- Respecto de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento del préstamo hay que tener en cuenta el documento denominado propuesta de préstamo (Anexo 3), en el cual aparecen como intervenientes los que luego fueron prestatarios, y en el que se fijaron las condiciones del préstamo entre las cuales se encuentra el importe de 300.000 € de capital prestado y el objeto del préstamo que era la autopromoción. Tal circunstancia se repite en la escritura de préstamo hipotecario donde se indica, tras determinar el capital del préstamo, que el mismo se destinaba a la construcción de viviendas.

En vista de los antecedentes relatados, mis mandantes D. José María y D^a Yolanda me solicitan la elaboración de un Dictamen jurídico sobre las alternativas que tienen para accionar contra la entidad financiera Bantierra con quien contrataron el préstamo hipotecario, en ejercicio de la acción de nulidad y la acción de reclamación de cantidad en función de su consideración como consumidores o no, formulándose en concreto las siguientes:

II. CUESTIONES

El presente trabajo tiene como objeto la elaboración, a solicitud de mis mandantes, de un dictamen, sobre cuál debe ser la estrategia procesal a la hora de articular la defensa en este asunto.

A continuación y de forma más exhaustiva, se analizará la procedencia de la reclamación judicial tras haber renunciado expresamente a la acción judicial relativa a la nulidad de la cláusula suelo mediante contrato de novación, tras haberse acogido al procedimiento de reclamación extrajudicial conforme al Real Decreto Ley 1/2017 y haber desestimado la entidad financiera cualquier tipo de acuerdo al considerar a mis mandantes no consumidores. Por todo ello, también se analizará pormenorizadamente la condición de consumidor a través de la Legislación Estatal y Comunitaria, así como el régimen de control de las condiciones generales, particularmente de las cláusulas suelo, en el marco de contratos de préstamo tanto con consumidores como con no consumidores. Todo ello a partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016, donde se marcan la naturaleza del control de transparencia y del principio de buena fe como criterios y límites de las condiciones generales de los contratos. Todo ello de cara a señalar las alternativas de accionar en el caso de que mis mandantes puedan ser considerados consumidores o no consumidores, con el propósito de recuperar las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de las cláusulas suelo.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO.

En primer lugar, y a fin de situar a los destinatarios del dictamen en el asunto en cuestión, debe reseñarse de forma sucinta la evolución normativa y jurisprudencial de las cláusulas suelo y la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones de consumidores y usuarios y a los no consumidores.

1.1. EVOLUCION NORMATIVA

Tanto el legislador estatal como el Comunitario durante todos estos años del boom inmobiliario y su posterior crisis se han preocupado en regular aquellas situaciones afectadas por la contratación en masa que han producido perjuicios al prestatario hipotecario a través de la creación de un marco normativo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto podemos diferenciar dos etapas que toman como punto de inflexión el año 2011. En el periodo anterior a dicha fecha la normativa se centró en conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario”; y en la segunda etapa, que comprende desde esa fecha , se centra más en la protección del deudor hipotecario, reforzando así “la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución Hipotecaria”¹ .

Asimismo, en relación al asunto que nos ocupa la normativa promulgada es la siguiente:

- Orden de 12 de diciembre de 1989 reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva CE 93/13).
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante , LCGC).
- Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

¹ Alcalá Díaz, M.A.: la protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 19 y siguientes.

- 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.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de duda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

1.2. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Especial transcendencia tiene en esta materia la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a del TS de 9 mayo 2013, que consolidando la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la S AP Sevilla de 7 octubre 2011 y analizó el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores debido a una falta de transparencia en la inclusión de estas en el contrato. Si bien declaró que los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento, es decir, mayor de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales y finalmente el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia declarando que el consumidor tiene derecho a la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas indebidamente desde la celebración del contrato.

Dicha circunstancia motivó al Gobierno, en previsión de que cientos de consumidores afectados por cláusulas suelo que esperaban a que se pronunciara el TJUE interpusieran demandas judiciales, para habilitar un mecanismo extrajudicial mediante el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017), por el que los afectados pudieran presentar sus reclamaciones a los bancos para recuperar las cantidades cobradas de más.

En otro orden de cosas señalar que hasta ahora la jurisprudencia expuesta defiende los derechos del consumidor, por ello es tan importante el destino del importe del préstamo hipotecario ya que es el que va a definir si la cláusula suelo afecta a un consumidor, empresa o profesional. No obstante, algunos expertos ponen de relieve que **el sistema jurídico español tiene un vacío legal** y “La idea de cuándo se es consumidor es importante y parece que si el préstamo ha ido más destinado al negocio, el afectado no es consumidor”².

Siguiendo esta línea, es conocida la STS número 367 de 3 de junio de 2016 en la que SE sentenciaba contra la demandante, una empresaria que solicitó una hipoteca con cláusula suelo para comprar un local donde instalar una farmacia, dando la razón al banco que logró mantener dicha cláusula en el préstamo al entenderse que esa compraventa quedaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y porque la prestataria con carácter previo fue debidamente informada de su inclusión.

Si bien lo que más nos interesa de esta sentencia es por el voto particular emitido por el magistrado Javier Orduña, quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho porque y quien destacó que “no se puede eliminar con carácter general el control de transparencia para pequeños y medianos empresarios”. Estela que siguen cada vez más Juzgados de Primera Instancia o Mercantiles, como el caso de los de Vitoria, Jaén o las Audiencias Provinciales de Toledo, que dictan a favor de los profesionales considerados no consumidores³.

Asimismo, señalar que aunque el profesional, empresario o autónomo no esté protegido por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sí pueden reclamar por otra vía la

² Carlos Suárez, catedrático emérito de Derecho Civil

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén, de 4 de noviembre de 2016, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de 27 de octubre de 2016, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de octubre de 2016

retroactividad total de las cláusulas suelo dado que al tratarse de condiciones generales de la contratación también se les aplica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Así lo avala la reciente Sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cáceres, declara la nulidad de la cláusula suelo impuesta en el préstamo hipotecario con subrogación, firmado entre LIBERBANK y una empresa de Cáceres, para la adquisición de una nave, no recogiendo las escrituras las condiciones del préstamo hipotecario y no siendo las mismas facilitadas por la Entidad Financiera.

La demandada se opuso alegando que al ser el prestatario una empresa, LIBERBANK la demandante no actuó como consumidora y por lo tanto no puede aplicarse la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la Juzgadora del procedimiento reconoce que si bien no era de aplicación la Ley de Consumidores y Usuarios si es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual es de aplicación tanto a personas físicas como a personas jurídicas, tal como resulta del artículo 2 de la LCGC, según el cual, “la Ley es de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional y por una persona física o jurídica, actuando esta misma en el ámbito de su actividad profesional o empresarial”.

En el Fundamento de Derecho Segundo, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que señala lo siguiente:

“El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial. (...) «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».”.

También se hace mención a lo establecido en el Fundamento Jurídico 201 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que recordó que, “el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir: (...) «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con

consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC -” Señala nuestro Alto Tribunal que los deberes de información que la Entidad Bancaria tiene que cumplir al ser una condición general de la contratación, son los previstos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, así como en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En la Sentencia analizada, se reconoce que una vez analizada la prueba obrante en el procedimiento, la entidad bancaria no ha cumplido los deberes de información necesarios a la cláusula suelo, concluyendo que “dada la falta de información sobre la cláusula suelo y la ausencia de negociación, procede considerar que la misma es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, conforme a la STS de 3 de junio de 2016 anteriormente transcrita, por lo que conforme a la normativa también anteriormente transcrita contenida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, procede declarar la nulidad de la misma, condenar a la demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo suscrito por la demandante, y a recalcular el cuadro de amortización, en los términos interesados en el suplico de la demanda.”

Por último señalar que cada vez son más las sentencias que determinan la inexistencia de claridad en las cláusulas no negociadas en los contratos hipotecarios entre entidades bancarias y empresas mercantiles. En definitiva, en el caso de las empresas, no consumidores, que pretendan la declaración de nulidad de la cláusula suelo presente en sus préstamos hipotecarios, será necesario que planteen una demanda basada en la no superación del control de incorporación de la cláusula suelo y en la imposición de la misma por parte del banco, en contra del principio de buena fe contractual.

2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL CONFORME AL RDL 1/2017: Análisis del procedimiento extrajudicial para la devolución de cláusulas suelo

La Entidad financiera, Bantierra, en oposición a la solicitud de acuerdo extrajudicial de mis clientes expone de contrario la condición de no consumidor de los mismos.

En aras a valorar si es procedente dicha oposición y sus consecuencias, debe examinarse el RDL 1/2017, vigente desde el 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores

en materia de cláusulas suelo y que establece un procedimiento extrajudicial voluntario para el **consumidor** e imperativo de atender por parte de las entidades bancarias.

Esta norma ofrece una vía más rápida, eficaz y gratuita para llegar a un acuerdo que permita la resolución de sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades, si bien a continuación detallo las cuestiones más importantes a tener en cuenta de este nuevo procedimiento extrajudicial.

2.1. OBJETO Y SUJETO

Partimos de que el objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el **consumidor** a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo que se contienen en los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria⁴.

En este sentido quiero recalcar que este procedimiento sólo se aplica en los supuestos en los que el prestatario es un **consumidor**, es decir, una persona física⁵. Por tanto no es aplicable para aquellas personas jurídicas y en consecuencia sería procedente la no estimación por tal motivo.

2.2. PROCEDIEMIENTO

Con objeto de interponer reclamación previa a la interposición de demanda judicial y siguiendo el sistema establecido⁶, mis clientes voluntariamente presentaron escrito ante la Entidad bancaria el día 24 de enero en su entidad bancaria solicitando la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por la aplicación de la cláusula suelo contenida en su préstamo hipotecario.

Asimismo, tal y como está establecido, la entidad de crédito una vez recibida la reclamación comunicó a los reclamantes que la devolución no era procedente motivando su decisión en la condición de no consumidor de los reclamantes.

Esta circunstancia es importante dado que en este caso “al rechazar expresamente la solicitud del consumidor” se da por concluido el procedimiento extrajudicial y da la oportunidad a los

⁴ Artículo 1. Objeto y Art. 2. Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁵ Art. 2.1 y 2.2 Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁶ Artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017

reclamantes de reclamar por vía judicial si lo considera conveniente⁷, sin necesidad de esperar los tres meses estipulados para resolver desde la presentación de la reclamación.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, estando en vigor el RDL 1/2017 se dio cumplimiento al mismo y que por lo tanto habiendo sido denegada la solicitud de acuerdo de los reclamantes, cabe la interposición de acciones judiciales.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La cuestión que se plantea es si en un préstamo hipotecario cualquiera de los deudores solidarios puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, aunque el resto no intervenga en el proceso.

La pluralidad de deudores en un préstamo con garantía hipotecaria es relativamente frecuente. Por una parte, están los casos en los que los deudores son matrimonio, pero por otra, hay situaciones en las que varios deudores contratan un préstamo para comprar una vivienda entre varios o incluso construir sus propias viviendas.

No obstante en este caso se dan dos circunstancias, que mis mandantes son matrimonio entre sí y que a su vez son co-prestarios solidarios con otro matrimonio. Atendiendo a la primera circunstancia el Código Civil prevé expresamente que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes⁸. Si bien el principal dilema a resolver es la existencia de una pluralidad de deudores en un préstamo hipotecario con independencia de su estado de casados, por lo que aplicaremos el régimen previsto para obligaciones mancomunadas y solidarias prevista también en el Código Civil⁹.

Es reiterada la jurisprudencia en este sentido. Entre las sentencias más recientes, nos referimos a la dictada el 17 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Palencia, en el que dos clientes tomaron un préstamo hipotecario para la compra de un local¹⁰.

Uno de ellos, presentó demanda contra el Banco Ceiss, solicitando la eliminación de la cláusula suelo del préstamo, que se había establecido en el 3.50%. El otro deudor no intervino en el proceso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo.

⁷ Art. 3.4 y Art. 3.6 RDL 1/2017

⁸ Artículo 1.385 Código Civil

⁹ Artículo 1137 y siguientes del Código Civil

¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2016

Así que el Banco Ceiss recurrió ante la Audiencia Provincial, alegando “falta de legitimación”, al haber reclamado uno solo de los deudores solidarios.

La sala desestima el recurso y confirma la sentencia de la primera instancia.

Para la Audiencia, uno de los deudores, está haciendo por medio de su reclamación judicial, una actuación que es útil a los demás: Si se consigue eliminar la cláusula suelo, irá en beneficio del resto de deudores solidarios. Y esta legitimación, está expresamente prevista por el artículo 1141 del Código Civil¹¹: Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás pero no lo que les sea perjudicial. Además, el artículo 1143 CC se refiere a “cualquiera de los deudores”¹²: La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998 indica expresamente que:

“Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan ni puedan traer, otros posibles interesados como comandantes.”

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993.

Cualquiera de los comuneros (o en este caso, deudores hipotecarios solidarios) puede comparecer en juicio para ejercitar o defender los derechos que afectan a su comunidad “en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás partícipes sin que les perjudique la adversa o contraria”¹³.

En conclusión, en los casos de préstamos hipotecarios con varios deudores solidarios, sean a su vez matrimonio como es nuestro caso o no, cualquiera de ellos puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, sin que sea la presencia del resto necesaria en el proceso, pues es una acción que redunda en su beneficio y que no le perjudica.

¹¹ Art. 1141 del Código Civil

¹² Art. 1143 CC

¹³ SSTS 18.12.1933, 5.7.1954, 29.12.1967, 24.10.1973, 21.09.1987, 8.02.1994

4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION

Una vez asentado lo anterior, estando nuestros mandantes legitimados y por lo tanto pudiendo ejercer la acción de manera individual, procederemos a valorar la validez de la cláusula estipulada en el préstamo de novación contractual suscrito con posterioridad al préstamo hipotecario, por la que renuncia expresamente a cuantas acciones legales pudieran corresponderle

En primer lugar, en cuanto a los efectos que pudiere tener el documento novatorio firmado únicamente por mis mandantes y fechado el 31.10.2013) y por medio del cual se rebajó la cláusula suelo, la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... En cuanto a la novación hay que partir de un dato fáctico, aunque sólo posea valor indiciario, no definitivo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las siguientes circunstancias:

- Que en 2014 estaba reciente el A.T.S. 6-11-2013, que tuvo que completar la compleja S.T.S. de 9-5.
- Hasta 20-3-2015 el Alto tribunal no concretó las consecuencias efectivas de la precitada STS 9-5-2013.
- Y aún al momento de redactar la demanda se desconocía qué diría al respecto el T.J.U.E. en la cuestión prejudicial a él sometida y relativa a la eficacia de la sentencia de 2013.

En estas condiciones de incertidumbre jurídica no se puede exigir a consumidores que realicen un seguro juicio proyectivo del alcance de sus actos, cuando los profesionales del Derecho no encuentran una decisión clara. No se puede olvidar este contexto social¹⁴, cuando la prestamista ofrece una reducción de una cláusula que –desde un punto de vista abstracto y genérico- es susceptible de ser nula, pero sometida a vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)".

Tras ello la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... Desde este punto de partida, este tribunal ya se ha pronunciado en la valoración jurídica de tales novaciones. Tanto el Auto 77/16, 18-2, como la Sentencia 156/16, 14-3 recogen la siguiente interpretación: "En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional

¹⁴ art.3-1 CC

haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle.

De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-.

Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto...”.

Igualmente se estima de interés reflejar lo indicado en la SAP Zaragoza, Sec 5^a 10.02.2017 en la que con referencia al AAP Zaragoza, Sec 5^a nº 77/2016, de 18 de febrero se indica que: “[...] Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - *quod nullum est nullum producit effectum* -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro):

"...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores..." . 2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. ..."

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

Lo anterior implica que el acuerdo novatorio incluso en el caso en el que suscribirse hubieren sido explicados con detalle en lo que es la operativa de la cláusula suelo no pueden ser tomados en consideración dada la nulidad de la que estaba viciado el documento de origen (y sin ser necesario

por ello entrar en las mismas condiciones de estos documentos y el contraste de lo suscrito con lo que era la posición jurisprudencial ya determinada en ese momento).

5. CONDICION DE CONSUMIDOR

Una vez hemos podido apreciar que los interesados están legitimados y que la renuncia efectuada en el contrato de novación no impide que puedan ejercer sus acciones de forma individual, vamos a proceder a analizar si cumple con la condición de consumidor de cara a determinar la estrategia procesal.

Resolver jurídicamente la consulta planteada nos obliga a realizar unas consideraciones generales y básicas sobre las consecuencias transversales determinantes de la condición de consumidor de los interesados.

5.1. DEFINICION

Partiendo de las circunstancias que rodean este caso, en cuanto a si los demandantes se pueden considerar como consumidores es de señalar que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 23 de febrero de 2006, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello hace que la definición de consumidor vigente en tal momento fuere la que se contenía en el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Según esta norma, lo que determinaba la condición de consumidor era el tratarse de personas que actuaran como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

En el presente caso se considera que la intervención de todos los prestatarios en el préstamo que se analiza fue a título de destinatario final, ya que si bien la escritura puede dejar abierta la cuestión (alude a que el destino de la cantidad prestada fue la construcción de viviendas), no obstante tal documento se estima idóneo integrarlo con la propuesta de préstamo a la demanda en la que se habla de autopromoción, esto es, que el objeto del préstamo es obtener fondos para la construcción de la propia vivienda. Además, no puede confundirse la actividad profesional de Don Antonio como albañil con la de promoción de viviendas cuya actividad es distinta y se centra en la comercialización de las mismas por lo tanto no actuó en el ámbito de su actividad profesional. Asimismo tampoco nos puede confundir que la autopromoción de su propia vivienda y la de su hija fuera construida por la empresa Serrano Madurga, S.L., puesto que debe considerarse normal que sea una empresa conocida y familiar a la que se le encomienda la tarea, todo ello sin ánimo de lucro por los prestatarios. Por último hay que tener en cuenta que los solicitantes vendieron su vivienda anterior para obtener fondos de cara a la adquisición de la nueva y que el matrimonio compuesto por D. Antonio y D^a Aurora hizo uso y disfrute de la misma.

Es por ello que sí se estima que los solicitantes pueden ser considerados consumidores al ser destinatarios finales de las viviendas.

5.2. CONDICION DE CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL

Como consecuencia de los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo, en particular, las SSTS de 2013 y 2015, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, nos queda claro tanto la abusividad de la cláusula suelo para consumidores, - si no supera el doble control de inclusión y transparencia- , como la procedencia de reclamar las cantidades indebidamente satisfechas a las entidades financieras por aplicación de la misma desde la formalización del préstamo. Sin embargo, en el caso en el que finalmente determinemos que la condición es de no consumidor, porque los prestatarios actúen dentro de su actividad profesional o mercantil, vamos a cuestionar si podrían reclamar judicialmente la inaplicación de dicha cláusula y por ende, la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la misma.

A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE

Para ofrecer una respuesta conforme con el Ordenamiento jurídico, debe acudirse a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC).

La referida Ley en su Exposición de Motivos indica que «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 y empresarios». Por lo tanto, la cláusula suelo debe considerarse como condición general de la contratación y el prestatario, adherente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

B. DOCTRINA

A priori podemos tener una percepción del injusto trato que se le da a los profesionales, y pequeños empresarios o PYMES que han constituido préstamos hipotecarios que contienen cláusulas suelo, porque por su condición no se encuentran bajo el paraguas protector de ley General de Consumidores y Usuarios y tienen que formular sus reclamaciones en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), donde se encuentra regulada la abusividad de este tipo de cláusulas. Y es que además parece lógico pensar que si el Tribunal Supremo ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, tales como los swaps y participaciones preferentes, a través de la apreciación del error vicio del consentimiento y donde la determinación de la nulidad del contrato tuvo lugar sin diferenciar si la condición del adquirente del producto financiero complejo fuera consumidor o no consumidor y así lo ampararon algunas resoluciones tales como las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, 20 de noviembre de 2015, 9 de diciembre de 2015, 3 y 4 de febrero de 2016, 11 de marzo de 2016, 8 de abril de 2016, 14 y 20 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016 y 5 y 7 de octubre de 2016. También se pudiera hacer extensiva a la contratación de otros productos financieros con cláusulas- condiciones generales. Si bien esta sería una solución deseable para el asunto que nos ocupa, aún no se ha producido y por lo tanto aquellos casos en los que el adherente no es un consumidor deben ser abordados de diferente manera.

Por todo ello es tan importante discernir cuando se ostenta la condición legal de consumidor y más aún en el caso de los profesionales y empresarios ya que se puede dar la paradoja de que si una persona ejerciendo bien su labor como profesional, o bien explotando un pequeño negocio a través

de una sociedad de responsabilidad limitada contrata un préstamo fuera del ámbito en que desarrolla su actividad dichas cláusulas pueden ser objeto de denuncia por incumplimiento del doble filtro de control de transparencia, que permite llegar al control del contenido y por el contrario, si el mismo, lo hace como consecuencia de su actividad profesional no, cuando en ambos casos es la misma persona la que contrata, dispone de los mismos conocimientos, capacidad de negociación y se le ha proporcionado la misma información.

Es más incoherente aún si cabe, tal y como mantiene nuestra doctrina más autorizada¹⁵, si tenemos en cuenta que en ambos supuestos se ha incumplido de forma clara lo dispuesto en el artículo 7,1-b LGC que señala que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales “que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” y más aun sabiendo que estas pueden darse tanto entre empresarios (B2B) como entre empresarios y consumidores (B2C).

Asimismo, nos haremos eco tanto de los estudios de la Catedrática Doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y la profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Inmaculada Barral Viñals, como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

Y es que, la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia⁽³⁾ apunta a que “mientras no se modifique nuestra legislación o no cambie su línea de pronunciamiento el Tribunal Supremo, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial”. Por lo tanto, todos estos sujetos deberían someterse en cuanto actúan en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación al control de incorporación y de transparencia contenido en los artículos 5, 7, 8.1 y 9 LCGC así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (*ex art. 1258 CC*)¹⁶.

¹⁵ BARRAL VIÑALS, I, "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios". *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2015.

¹⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), núm. 748, marzo.

Y añade... "En este sentido, la falta de transparencia de la cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, a tenor del artículo 217 LEC. Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa"¹⁷.

En opinión de la citada profesora, que compartimos, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentran en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 de la LCGC de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (ex art. 5.5 LCGC) y/o (2) por vicio de consentimiento (ex art. 1271 CC).

Y no solamente encuentran, tanto consumidores, como empresas, amparo legal necesario para solicitar judicialmente la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, al amparo

¹⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.

del artículo 5.5. de la LCGC, sino al amparo del artículo 7,1-b de la LCGC, tal y como afirman las profesoras Sánchez Ruiz de Valdivia y Barral Viñals. En este sentido, y tal y como ha afirmado Sánchez Ruiz de Valdivia, "Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos 5 y 7 de la LCGC.

Y es que, los empresarios en calidad de adherentes en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir a lo estipulado en los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC y, supletoriamente del Código Civil.

Asimismo, la falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (ex artículos 7 y art. 1258 CC) por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 y art. 6.2 CC) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticiamente. Además, y en calidad de usuarios de servicios bancarios creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la Ley 47/2007.

Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas» y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, carecen de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)".

C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, aunque no resulta un procedimiento tan habitual y exitoso como la nulidad de cláusulas suelo en consumidores, al no serles de aplicación a los empresarios el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, son cada vez más numerosas las sentencias que han venido estimando las pretensiones de nulidad de cláusulas suelo de profesionales y empresarios que actuando en el ámbito de su actuación empresarial concertaron préstamos con garantía hipotecaria (1). (1)SAP Toledo 18-10-2016; SJPI7 de Vitoria-Gasteiz de 27-10-2016, SJPI6 de Jaén de 4-11-2016, SJMercantil de Murcia de 17-10-2016, entre las más recientes.

En este sentido, la base para poder reclamar la nulidad de la cláusula suelo consiste en evidenciar que el adherente no tuvo oportunidad de negociarla y que sus condiciones fueron impuestas por la entidad financiera. Es decir, dado que los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores – entre los que se halla el control cualificado de transparencia- no son aplicables a la contratación con profesionales, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 3 de junio de 2016 y 30 de enero de 2017, debe recurrirse a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en este tipo de negocios jurídicos.

En definitiva, la nulidad o no de la citada cláusula debe analizarse teniendo en cuenta como parámetro de interpretación la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código civil y del artículo 57 del CCom.

Asimismo, en virtud de los mencionados artículos debe entenderse que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales de la contratación que supongan “un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente¹⁸.

¹⁸ AGÚERO ORTIZ, ALICIA, El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) *Alicia Agüero Ortiz*

En definitiva, el control de inclusión exige que se facilite información sobre las cláusulas suelo, y que éstas se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez¹⁹, sin ser en ningún caso ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles²⁰.

En este sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Jaén de 4 de noviembre de 2016, estableció que la cláusula suelo no superaba el control de inclusión porque «no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para, de forma poco clara, expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aun cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.»

Este control de inclusión hay que analizarlo sobre la base del principio de la buena fe, principio capaz de excluir toda cláusula del contrato que suponga un desequilibrio de la posición contractual del adherente. En este sentido, puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de la cláusula que perjudican al adherente.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha señalado que, para que una cláusula se considere negociada, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación (STS de 29-04-2015).

También la Audiencia Provincial de la Rioja, se pronunció a este respecto, estableciendo que «una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual».

Ahora bien, en lo que a empresarios adherentes se refiere, la reciente STS de 30 de enero de 2017, señala que al tener el adherente la condición de no consumidor, operarán las reglas generales de la carga de la prueba, y por tanto será el prestatario el que deba acreditar lo que alega, es decir, la inexistencia o deficiencia de la información recibida de la entidad bancaria, e indicar en su caso las

¹⁹ Art. 5.5 LGC Requisitos de incorporación LCGC

²⁰ Art. 7 No incorporación LCGC

circunstancias personales que pudieron influir en la posibilidad de negociación y la medida en que la cláusula fue impuesta unilateralmente y por ende de forma abusiva.

En definitiva, sólo se puede declarar judicialmente la nulidad de la cláusula abusiva una vez acreditado, conforme a lo anteriormente expuesto, que ésta no cumple con el control de incorporación respecto a las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones.

Por último señalar, respecto al control de transparencia cualificado que aunque no se aplica actualmente a los no consumidores, no hay que perder de vista el voto particular, emitido por el magistrado Javier Orduña expuesto con anterioridad quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho y por tanto la protección del control de transparencia debe extenderse también a la contratación con profesionales y empresarios.

En cualquier caso, actualmente, existe una vía judicial con argumentos suficientes para declarar la nulidad de una cláusula suelo cuando quien contrata el préstamo hipotecario no es considerado consumidor. Si bien, deberán estar correctamente asesorados y cuidar de –en palabras del Alto Tribunal– acreditar que se trató de una estipulación sorprendente que desnaturalizó el contrato y frustró sus legítimas expectativas, así como indicar, ya desde la demanda, cuáles son las concretas circunstancias concurrentes que pudieron haber influido en la negociación y en qué medida le fue dicha cláusula abusivamente impuesta.

5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Partiendo del doble control al que somete las cláusulas suelo el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 241/2013, Sala Civil, de fecha 9 de mayo de 2013, debemos determinar su licitud condicionándolas a que se observen una especial transparencia exigible en aquellas cláusulas no negociadas individualmente, que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. Es decir que para que lo sean, su transparencia ha de permitir al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparo de riesgos, transparencia para la que fija un doble control:

- a) El de inclusión o incorporación, relativo a su claridad gramatical, aplicable tanto a contrataos en que son parte consumidores como a los que no lo son, y que deriva de los arts. 5 y 7 de la de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que

veda las condiciones generales cuya redacción no se ajuste a los principios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”²¹, y aquellas en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”²².

- b) El de transparencia o de transparencia reforzada, de creación netamente jurisprudencial, y analizado extensamente por la STS de 9 de mayo de 2013, y aclarado por Auto del mismo Tribunal de 3/6/2013, es aplicable a contratos en que son parte los consumidores y que viene impuesto por la necesidad de que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuesto o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” y que implica «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado» (FJ 12º).

Tras las precisiones anteriores, y en cuanto a la concreta cláusula objeto de análisis, y sin estimarse necesario entrar en el estudio fundamentado en la doctrina del error, es de señalar que legalmente existe un doble control respecto a las cláusulas abusivas.

-El primero corresponde a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores y el segundo al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Éste segundo tipo de control es de señalar que no es tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

De cara a la operatividad de estas facultades de control, cuando se trata de cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la

²¹ Art. 5.5 LCGC

²² Art. 7 LCGC

Directiva 93/13 pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato” y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

En cuanto al primer control de inclusión que se lleva a cabo por medio de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (que si puede afectar a los elementos esenciales definidores del contrato como una cláusula delimitadora de los intereses operativos como la aquí contemplada), de la lectura del artículo 5 de la misma pueden determinarse los siguientes requisitos para su válida incorporación en un contrato: aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes, que el contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas, que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación, que el predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas, que la redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En lo que es este último requisito de la transparencia, la STS 11.04.2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por su parte la STS 9.05.2013 alude a un doble control de transparencia, y que abarca:

- a) El cumplimiento de los requisitos de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical.
- b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Ello significa que el adherente ha de conocer o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Este segundo control hace preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Asimismo, como indica la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017: "... para analizar la cuestión litigiosa es preciso partir de las pautas que recoge la S.T.S. 9-5-2013. Es decir, si estamos ante una redacción ilegible, ambigua, oscura e incomprensible para un consumidor, de forma que tenga la posibilidad real de conocer su alcance. Es decir, que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" como la "jurídica" que la cláusula lleva consigo. Que perciba o pueda percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, para lo cual, no puede estar enmascarada entre información abrumadora que dificulte su identificación (A.40/2015, de 23-1, de esta sección 5^a) Más concretamente, la citada S.T.S. 9-5-2013 concluía: "223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el

BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Tras ello continúa indicando la antes mencionada SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 que: "... A fin de valorar estos elementos (claridad y transparencia), será preciso tener en cuenta todas las circunstancias concretas que rodean el negocio jurídico en cuestión. Así lo expone el Alto Tribunal:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art.4,1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"(en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[el] carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.".

Finalmente la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 refleja lo indicado en la SAP. Barcelona, Sec 15^a 2.07.2015 que señala que: "Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo... En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado".

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, se puede concluir que éstas se caracterizan por los siguientes rasgos: Son estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. No han sido consentidas expresamente por el consumidor. Contravienen las exigencias de la buena fe, se estipulan en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A lo anterior cabe añadir que del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Este viene determinado por la negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva.

A. CONTROL DE INCORPORACIÓN

En el concreto caso aquí planteado y en lo que es el control de incorporación, en el caso concreto de las cláusulas suelo, se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica. Esta estuvo constituida por la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios -aplicable en un primer momento a los préstamos de cuantía inferior a 25.000.000 pts. (150.253,03 €) y posteriormente también a todos los préstamos de cuantía superior que recaigan sobre una vivienda en virtud de la reforma del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. La Orden de 5 de mayo de 1994, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante.

Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Con la regulación antes reseñada se trata de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo la entrega de toda una documentación previa en la que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

En el concreto caso aquí planteado la cláusula sometida a consideración se estima que supera el control de incorporación pues es comprensible (indica que el interés calculado según el tipo variable nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual).

B. CONTROL DE TRANSPARENCIA

En lo que es el control de transparencia exige que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que supone el contrato, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo.

Asimismo se estima necesario poner de manifiesto que en procedimientos como el presente se debe proceder al análisis concreto de las circunstancias concurrentes en cada caso específico, considerando que ello es lo que se deriva de la STS 9.03.2017 en la que se dispone que: “Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato.

Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo

económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

En una posible acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”.

De esta sentencia se estima que cabe deducir que hay que estar al acervo probatorio del caso concreto y que incluso puede comportar que si la negociación de la concreta cláusula resulta probada, incluso eso conlleva que no puede ser tratada como una condición general.

Es a la vista de lo expuesto que se estima necesario en este caso proceder a las concretas circunstancias y de las que en primer caso cabe derivar que la cláusula objeto de impugnación si debe ser tratada como condición general de la contratación al no constar una negociación individualizada.

En este caso la cláusula de limitación del tipo de interés aparece tras el lugar en el cual se fija el importe del tipo variable con el Euribor más el diferencial correspondiente lo que hace que sea más fácilmente identificable, si bien no aparece de forma separada y de hecho aparece integrada en una cláusula dedicada a los intereses que abarca 6 páginas insertándose dentro de las mismas.

No obstante esta ausencia de constancia separada de la cláusula limitativa del tipo de interés, en este caso se cuenta con un documento previo en el que se recogen los elementos de la operación con apartados diferenciados para conceptos como capital, intereses ordinarios, interés mínimo y máximo. Tal documento es el ya referido de propuesta de préstamo fechada el 2.02.2006 (la escritura se otorgó el 23.02.2016) y en él se indica que el importe del préstamo es de 300.000 € señalando que el tipo operativo es el del Euríbor+0,65 puntos con un mínimo del 2,5% y máximo del 15%.

Sin embargo, este documento y el detalle del mismo, se estima que, dado el carácter solidario de la obligación de todos los prestatarios, para que el mismo pudiere ser tomado en consideración de cara a entender que los prestatarios eran conscientes de la carga económica del contrato (y con ello reunirse el requisito de transparencia), debería el mismo haber sido firmado por los cuatro

prestatarios al estar todos ellos afectados de igual manera por el préstamo (por el carácter solidario de su responsabilidad y que justifica que sean dos de ellos quienes requieran de este dictamen).

Ello hace que en virtud de las concretas circunstancias del caso no se debe estimar que el préstamo objeto de dictamen supere el filtro de la transparencia, lo que hace que se deba declarar su nulidad.

6. CONCLUSIONES

PRIMERO.- El eje fundamental del presente dictamen radica en determinar si mis clientes al tiempo de suscribir el contrato que constituye el objeto del presente dictamen, actuaron o no como consumidores, y una vez determinada tal condición procederá analizar el contenido y alcance de la clausura cuya nulidad se pretende instar.

SEGUNDO.- Que los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse acerca del concepto o criterio a seguir para determinar cuando una persona debe ser calificada, a efectos de aplicación de normativa específica, como consumidor o no y así se ha expuesto anteriormente. Pero en definitiva, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren bienes, servicios o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden.

No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquiera, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Es decir, el énfasis para distinguir la calificación de consumidor se halla en si la persona es el destinatario final del bien o servicio. En consecuencia, han quedado excluidos los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, ya fuera empresario individual o autónomo o sociedad, contrariamente al criterio de extensión de la protección al profesional seguido en la legislación sobre las condiciones generales de la contratación, que protege tanto a los consumidores como a los empresarios y profesionales cuando contraten entre sí.

En el caso que nos ocupa no existe cuestión de la profesión de uno de los prestatarios, albañil, pero tampoco debe existir cuestión de los hechos objetivos que se han expuesto, cuales son, en primer lugar, la fecha de la escritura, el objeto de la misma – autopromoción de vivienda habitual.

Es un hecho que dicha construcción ha sido destinada a ser vivienda habitual de mis clientes y de uso y disfrute del otro matrimonio prestatario.

A la vista de los anteriores hechos deberemos concluir que queda desvirtuada la argumentación de la entidad bancaria en el sentido de considerar que no son consumidores los prestatarios, a la fecha de la firma del contrato de préstamo y el destino a dar a la entidad obtenida para su financiación no era empresarial o societarios, sino personal y particular, pues a dicha fecha ni la mercantil estaba

constituida, ni se acredita que se haya destinado la construcción a otro uso que no haya sido el personal particular y habitual de los prestatarios.

Lo demás puede ser considerado conjeturas y manifestaciones de la entidad financiera que no sirven de fundamento para dudar y/o negar de la condición de consumidores de los prestatarios al tiempo de suscribir el contrato que debe ser objeto de análisis.

TERCERO.- De conformidad con lo resuelto en el apartado anterior, ha de señalarse que los prestatarios deben tener, en el contrato litigioso, la condición de consumidores que ha suscrito un préstamo con un profesional, concretamente, con una entidad bancaria en el desarrollo de su actividad. Asimismo, de los hechos expuestos concluyo que la cláusula enjuiciada no ha sido negociada individualmente por los prestatarios, sino que se trata de una cláusula predisposta por la entidad bancaria.

En este sentido, debe recordarse que corresponde a la entidad financiera la carga de acreditar que una cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. Así lo indica expresamente el art. 82.2 del RDLeg 1/2007, lo proclama la citada STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 16 de enero de 2014, que recuerda que el art. 3 apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 establece que si un profesional afirma que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, sumirá plenamente la carga de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, de los hechos expuestos no puede demostrarse que la cláusula litigiosa fuese objeto de negociación individualizada con la entidad bancaria, , pues no ha quedado demostrado que los prestatarios pudieran influir en su contenido, limitándose a decidir si la aceptaba o no, circunstancia que la STS de 9 de mayo de 2013 apunta.

En definitiva, ha quedado demostrado que la cláusula objeto de examen es una cláusula predisposta por la entidad bancaria en un contrato celebrado con mis clientes y que dicha forma de contratación conlleva la consideración de la cláusula en cuestión como una condición general de la contratación.

CUARTO.- Pues bien, aplicando los criterios expuestos al caso que nos ocupa, debe examinarse si la cláusula puede salvar el test de transparencia en los términos que recoge el TS, todo ello respecto al momento de la suscripción del préstamo hipotecario.

En primer lugar, no consta ningún tipo de información previa a la contratación que fuera facilitada por el banco para que conociera la existencia de la cláusula. En segundo lugar, en la hipoteca, la cláusula no ofrece información suficientemente clara ni sobre la propia existencia de la limitación en cuanto al suelo y techo, ni sobre el hecho de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin ser informado del tipo máximo y mínimo que se le iban a aplicar. Tampoco se le ofrecieron escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la aparición del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo la que pudiera contratarse la cobertura. No consta que con anterioridad a la firma de la escritura pública se informara de manera clara y transparente sobre la transcendencia económica de la cláusula suelo , sin que esa ausencia de información tampoco pueda considerarse subsanada en el momento de la firma, etc.

En este sentido debe recordarse que la STS de 9/5/2013 declara que “no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un préstamo con interés variable, se recoge cuál es el diferencial aplicable y, pese a incluirse a continuación la licitación de ese tipo de interés, se omite toda información al respecto porque mis mandantes no tuvieron conocimiento de las condiciones de la hipoteca que suscribía, todo ello instancia de la parte demandada que le debía proporcionar la correspondiente información.

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniere el Notario y procediera a la lectura de la escritura pública, puesto que tal lectura lo que colma es el requisito de incorporación al contrato de esa cláusula, pero es insuficiente para atender el de transparencia en los parámetros antes expuestos pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que los prestatarios llegasen a alcanzar la compresión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué suponía esa cláusula durante el tipo de duración del préstamo hipotecario.

En definitiva, en el presente supuesto se considera que la cláusula denunciada no supera ese control de transparencia por falta de información suficiente clara de que se refería a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incide o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que la redacción de la misma en la hipoteca no permitía a los prestatarios alcanzar el verdadero contenido de dicha cláusula en cuanto al establecimiento de un suelo en el interés variable. Y ello pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamos a interés variable, pues para el consumidor

se convirtió en un préstamo a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito, situación que genera la ausencia total de la actuación llevada a cabo por la entidad demandada para acreditarse la forma de negociación y suscripción del préstamo hipotecario, valorándose, únicamente, lo declarado por los prestatarios.

QUINTO.- El segundo momento en que se sitúa la controversia entre las partes debe ser por el documento de novación 31 de octubre de 2013 suscrito sólo por mis mandantes y no por el resto de los prestatarios. En virtud de dicha novación, aceptaron la modificación del tipo mínimo de interés para toda la vida del préstamo, manifestando entenderlo novado y renunciando expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción con causa en el clausulado del préstamo, así como por las liquidaciones y pagos efectuados del préstamo hasta la fecha, con la renuncia a empresasder acciones frente a la entidad, ni por la cláusula, ni por los pagos efectuados con base a la misma. Documento que terminó con mención manuscrita por los clientes de “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en concreto de un techo del 15% y un suelo del 1,0%. Además, he sido advertido por la entidad prestamista de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiara de descensos de tipo de interés de referencia por debajo del mínimo pactado, esto es del 1,50%”.

En base a dicho documento, hemos cuestionado la inexistencia de acción de los prestatarios, pero la valoración debe hacerse al respecto de ser en el sentido de que la actora fue consciente de lo que firmaba en cuanto a la realidad de la rebaja del tipo mínimo de interés y su aplicación, a partir de ese momento del préstamo hipotecario, siendo consciente y conocedor de ello, dando validez a los pagos ya realizados con aplicación del tipo de interés mínimo vigente hasta ese momento y con renuncia a la reclamación judicial, pues no habría duda de que conocía y entendió la información proporcionada por la entidad bancaria. Conclusión a la que nos oponemos en cuanto a que la aceptación de la novación vendría condicionada por la nulidad de la cláusula suelo desde el préstamo hipotecario, en cuanto a que no fue informada de su existencia, contenido y efectos, por lo que toda actuación posterior estaría viciada, impidiendo que la novación de 2013 generara efectos y que debe resolverse en los términos expuestos anteriormente mediante Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de febrero de 2016.

Dicha doctrina se considera que debe aplicarse en cuanto a las conclusiones que obtienes respecto de la inadmisión de la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de lo que es nulo ningún efecto produce, que debe ponerse en relación al resultado ya obtenido respecto de la valoración del préstamo hipotecario en que la parte prestataria basaría su acción de nulidad, por la limitación de la libertad contractual y por propia psicología del cliente que manifestó la actora en cuanto a su petición de que se dejara sin efecto la totalidad de la cláusula suelo, aceptando la rebaja ante la única oferta que recibió de la demanda.

De conformidad con lo expuesto, ha de señalarse como conclusión que la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, en los términos en que se firmó la novación de octubre de 2013, no debe generar efectos en el sentido alegado por la demandada, con la consecuencia de que la valoración sobre la cláusula suelo que se aplicaba por la entidad bancaria a los prestatarios debe ser conforme al préstamo hipotecario, la cual ya se ha concluido que debe ser nula por el incumplimiento del requisito de transparencia que debió observarse en su formalización y comprensión por la parte actora que actuaba con la condición de consumiría al aceptar la novación de su préstamo hipotecario.

SEXTO.- Atendiendo a los intereses de los prestatarios que represento, y observando el posicionamiento que están adoptando todos los Juzgados a raíz de las SSTS de 2013 y 2015 y la reciente Sentencia del TJUE de diciembre de 2016, la alternativa más beneficiosa una vez fracasado el intento del acuerdo extrajudicial previsto en el RDL 1/2017 es la interposición de una demanda judicial, en su condición de consumidor, en ejercicio de las acciones de nulidad de la cláusula suelo-techo y la acción de reclamación de cantidad por los importes abonados de más en concepto de interes.

SÉPTIMO.- Si bien no hay que descartar acudir a la vía, o bien del acuerdo transaccional o bien a la vía de la mediación, en la cual las partes libremente y auxiliadas por un tercero imparcial podrían llegar a un acuerdo acercando posturas y estructurando libremente el desarrollo del proceso, generando una situación de confianza y acercamiento en la que si termina con acuerdo, siempre será mejor cumplir con el acuerdo llegado de forma negociada que una solución impuesta por la autoridad. Siempre respetando los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad.

La postura que ofrecería esta parte en el proceso de negociación sería considerar nulas la cláusula suelo solamente por su parte del préstamo, de tal forma que la entidad no tendrá que indemnizar a los demás prestatarios. Si la mediación termina con avenencia, probablemente muy similar a la del

Juzgado de Primera Instancia, adquirirá fuerza ejecutiva y en caso de incumplimiento por una de las partes, podrá solicitarse su ejecución en el Juzgado que corresponda, pero hay que recordar que siempre es mejor una solución negociada entre las partes que una impuesta, porque siempre es más fácil cumplir voluntariamente y sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva.

Esta es la opinión que emito como dictamen y someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de julio de 2017.

Fdo. Victoria Cuartero García

Alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados.

BIBLIOGRAFIA

ACEDO PENCO, Angel. «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve Refencia al concepto de consumidor en el derecho Extremeño». Profesor Asociado Derecho Civil Facultad de Derecho de Extremadura.

AGÜERO ORTIZ, ALICI, «El control de transparencia tan sóloes aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales» Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) », *Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (Fecha de publicación: 17 de junio de 2016)*

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea), Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALCALA DIAZ, M.A., “La protección del dudor hipotecario, Le 1/2013 de 14 de mayo, e medias para reforzar la protección del deudor hipotecario, reestructuración de la duda y alquiere cocial. Navarra. Thomson Reuters. Aranzadi, 2013

BARRAL VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *op. cit.*

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacendedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo LV (2015).

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», Revista de Derecho Civil (2015), núm. 3, julio-septiembre, disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, 22 de mayo.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>.

DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2.

GOMARA HERNANDEZ, J.L., “Clausulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», InDret (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», InDret (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», Diario La Ley (2013), núm. 8154, 23 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», Diario La Ley (2015), núm. 8547, 26 de mayo.

SÁENZ DE JURA HIGUERO, Beatriz, «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores. Control de transparencia vs Buena Fe». Profesora adjunta de Derecho Civil Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», Diario La Ley (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (2015), núm. 748, marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.



Universidad
Zaragoza

1542

TRABAJO FIN DE MASTER

**Dictamen jurídico en respuesta a consulta formulada sobre la acción a ejercitar
tras desestimar la entidad financiera acuerdo extrajudicial conforme al RDL
1/2017 por considerar a los prestatarios no consumidores**

Autora

Victoria Cuartero García

Directora

María Martínez

Facultad de Derecho

2016

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	3
I. ANTECEDENTE DE HECHOS	4
II. CUESTIÓNES PLANTEADAS	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	7
1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO	7
1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	8
1.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	9
2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL RDL 1/2017	12
2.1. OBJETO Y SUJETO	13
2.2. PROCEDIMIENTO	13
3. LEGITIMACION ACTIVA	14
4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION	16
5. CONDICION DE CONSUMIDOR	19
5.1. DEFINICIÓN	19
5.2. CONDICION CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL	20
A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE	21
B. ANÁLISIS DOCTRINAL	21
C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	25
5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA	27
A. CONTROL INCORPORACIÓN	33
B. CONTROL TRANSPARENCIA	34
6. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	43
ANEXOS	47

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
D.	Don
D ^a	Doña
FJ	Fundamento jurídico
JO	Juicio ordinario
LCD	Ley Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
Núm.	Número
OM	Orden ministerial
RD	Real Decreto
RDL.	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuario
TS	Tribunal Supremo

DICTAMEN que emite Dña. Victoria Cuartero García con fecha de 01 de julio de 2017 a solicitud de mis clientes Don José María y Doña Yolanda.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto de la potencial reclamación es que se declare nula la cláusula suelo-techo de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de febrero de 2006 manteniéndose la vigencia del contrato de préstamo sin la aplicación los límites suelo del 2,50% y del techo del 15% y la restitución de todas las cantidades abonadas en exceso **desde el comienzo**.

Asimismo, dicha pretensión debe extender sus efectos al documento de 15 de octubre de 2013 denominado contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios.

Por todo ello, hacemos un estudio de los documentos tales como la escritura de préstamo hipotecario (Anexo 1) otorgada el día 23 de febrero de 2006 y el contrato de novación (Anexo 2) de la que se deducen los siguientes datos relevantes:

-los prestatarios son de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora.

- El prestamista es la entidad financiera Bantierra.

- El capital prestado ascendió a de 300.000 € siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas, una por cada uno de los matrimonios, en la calle Cuenca de esta ciudad de Zaragoza. Asimismo, señalar que los clientes residen en una de ellas, en concreto la situada en el nº 7 BJ de la C Cuenca, tal y como consta en el poder para pleitos por ellos otorgado y la otra estuvo a disposición del otro matrimonio para su uso y disfrute y el de otro de sus hijos.

-En esta escritura, lo que es la materia propia de los intereses se incluye en la cláusula 3^a, en la que además se fija un tipo de interés para el primer periodo que comprende hasta el día 31 de agosto de 2006 del 2,873 %. Tras ello se establece en la cláusula 3^a bis un tipo de interés variable que se fijó en el Euribor +0,65 puntos. A renglón seguido se indica que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual.

- Por su parte el documento de 15 de octubre de 2013 denominado “contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios” redujo el tipo de interés de la cláusula suelo al 1,50 % nominal anual.

PREVIO.- Que tal como se recogió en la correspondiente hoja de encargo, en fecha 20 de febrero de 2017 el matrimonio formado por Don José María y Doña Yolanda reclamaron mi asesoramiento jurídico y mi dirección letrada con la finalidad de emitir un Dictamen respecto al relato fáctico que será expuesto a continuación:

PRIMERO.- En enero de 2016, mis clientes junto con los padres de Doña Yolanda, los Sres. Don Antonio y Doña Aurora, solicitaron un préstamo hipotecario con Bantierra, para la autopromoción de dos viviendas cuyos fondos se destinarián a la construcción de primera vivienda - Autopromoción, tal y como consta en la Propuesta de Préstamo y que finalmente destinaron a ser vivienda habitual de los primeros y uso y disfrute de los segundos.

SEGUNDO.- En febrero de 2006, se otorgó escritura de préstamo hipotecario, ante el notario D. José-Manuel Enciso Sánchez, en la que los prestatarios fueron de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de la D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora. Siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas por cada uno de los matrimonios en la c/cuenca de esta ciudad de Zaragoza, constando que los mandantes residen en una de ellas.

Tal y como figura en dicha escritura, el importe de la operación ascendía a 300.000 €, pactándose en la cláusula 3^a un plazo de devolución del préstamo de 32 años y el pago de un tipo de interés fijo de un 2,873 % durante los seis primeros meses. A partir de ese momento los clientes abonarían un tipo de interés variable, consistente en adicionar al EURIBOR a un año un diferencial de un 0,65 %.

Tras ello se establece que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual. No se hace en ningún momento mención alguna a la existencia de una cuota mínima o tipo mínimo, salvo la que hemos señalado.

En consecuencia, los clientes no fueron informados ni de la existencia ni de las repercusiones del establecimiento de un tipo mínimo, ni antes ni durante la suscripción de la operación, descubriendo su existencia y funcionamiento mucho tiempo después al comprobar que pese a la notable bajada de tipos de interés a nivel general, su cuota se mantenía constante. Circunstancia que desvirtúa el

carácter variable del interés del préstamo que suscribieron convirtiéndose de facto en préstamo de interés fijo ya que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, convirtiendo el préstamo en un tipo fijo y que solo es variable al alza a partir de un determinado nivel del tipo de referencia

TERCERO.- Ante la circunstancia expuesta con anterioridad en la que mis mandantes se percataron de las consecuencias de haber contratado una cláusula de las denominadas suelo-techo, en octubre de 2013 acudieron a la Entidad para solicitar que se le dejara de aplicar. Si bien lo que se les ofreció fue un contrato de los denominados de novación consistente en una reducción del interés aplicado, constituyéndose un nuevo suelo del 1,50% nominal anual y donde los actores expresamente reconocieron que conocían la existencia de la cláusula suelo-techo, al mismo tiempo que renunciaron expresamente a la acción judicial relativa a la cláusula suelo objeto de dicha novación. Este asunto será tratado más adelante y valoraremos si en ese caso los actores carecen de legitimación activa para solicitar un pronunciamiento judicial que suponga la anulación de lo acordado en ese documento privado y en todo caso si este contrato debería ser nulo.

CUARTO.- El 24 de enero de 2017, D. José M^a y D^a Yolanda, presentaron escrito ante la Sucursal de Bantierra acogiéndose al procedimiento regulado por el vigente RDL 1/2017.

QUINTO.- Uno de los prestatarios, D. Antonio, de profesión albañil (ahora pensionista), no solicitante de este dictamen constituyó en 1996 una sociedad mercantil limitada denominada “Construcciones Serrano, SL”, cuyo objeto social es la construcción de obras y trabajos de albañilería, con una participación del 20%, junto con sus dos hermanos y dos hijos de éstos (uno de ellos hermano de la solicitante, D^a Yolanda),

El objeto social de la mercantil es la construcción de obras y albañilería, no la promoción de viviendas.

SEXTO.- Respecto de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento del préstamo hay que tener en cuenta el documento denominado propuesta de préstamo (Anexo 3), en el cual aparecen como intervenientes los que luego fueron prestatarios, y en el que se fijaron las condiciones del préstamo entre las cuales se encuentra el importe de 300.000 € de capital prestado y el objeto del préstamo que era la autopromoción. Tal circunstancia se repite en la escritura de préstamo hipotecario donde se indica, tras determinar el capital del préstamo, que el mismo se destinaba a la construcción de viviendas.

En vista de los antecedentes relatados, mis mandantes D. José María y D^a Yolanda me solicitan la elaboración de un Dictamen jurídico sobre las alternativas que tienen para accionar contra la entidad financiera Bantierra con quien contrataron el préstamo hipotecario, en ejercicio de la acción de nulidad y la acción de reclamación de cantidad en función de su consideración como consumidores o no, formulándose en concreto las siguientes:

II. CUESTIONES

El presente trabajo tiene como objeto la elaboración, a solicitud de mis mandantes, de un dictamen, sobre cuál debe ser la estrategia procesal a la hora de articular la defensa en este asunto.

A continuación y de forma más exhaustiva, se analizará la procedencia de la reclamación judicial tras haber renunciado expresamente a la acción judicial relativa a la nulidad de la cláusula suelo mediante contrato de novación, tras haberse acogido al procedimiento de reclamación extrajudicial conforme al Real Decreto Ley 1/2017 y haber desestimado la entidad financiera cualquier tipo de acuerdo al considerar a mis mandantes no consumidores. Por todo ello, también se analizará pormenorizadamente la condición de consumidor a través de la Legislación Estatal y Comunitaria, así como el régimen de control de las condiciones generales, particularmente de las cláusulas suelo, en el marco de contratos de préstamo tanto con consumidores como con no consumidores. Todo ello a partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016, donde se marcan la naturaleza del control de transparencia y del principio de buena fe como criterios y límites de las condiciones generales de los contratos. Todo ello de cara a señalar las alternativas de accionar en el caso de que mis mandantes puedan ser considerados consumidores o no consumidores, con el propósito de recuperar las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de las cláusulas suelo.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO.

En primer lugar, y a fin de situar a los destinatarios del dictamen en el asunto en cuestión, debe reseñarse de forma sucinta la evolución normativa y jurisprudencial de las cláusulas suelo y la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones de consumidores y usuarios y a los no consumidores.

1.1. EVOLUCION NORMATIVA

Tanto el legislador estatal como el Comunitario durante todos estos años del boom inmobiliario y su posterior crisis se han preocupado en regular aquellas situaciones afectadas por la contratación en masa que han producido perjuicios al prestatario hipotecario a través de la creación de un marco normativo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto podemos diferenciar dos etapas que toman como punto de inflexión el año 2011. En el periodo anterior a dicha fecha la normativa se centró en conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario”; y en la segunda etapa, que comprende desde esa fecha, se centra más en la protección del deudor hipotecario, reforzando así “la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución Hipotecaria”¹.

Asimismo, en relación al asunto que nos ocupa la normativa promulgada es la siguiente:

- Orden de 12 de diciembre de 1989 reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva CE 93/13).
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).
- Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

¹ Alcalá Díaz, M.A.: la protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 19 y siguientes.

- 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.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de duda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

1.2. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Especial transcendencia tiene en esta materia la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a del TS de 9 mayo 2013, que consolidando la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la S AP Sevilla de 7 octubre 2011 y analizó el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores debido a una falta de transparencia en la inclusión de estas en el contrato. Si bien declaró que los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento, es decir, mayor de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales y finalmente el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia declarando que el consumidor tiene derecho a la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas indebidamente desde la celebración del contrato.

Dicha circunstancia motivó al Gobierno, en previsión de que cientos de consumidores afectados por cláusulas suelo que esperaban a que se pronunciara el TJUE interpusieran demandas judiciales, para habilitar un mecanismo extrajudicial mediante el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017), por el que los afectados pudieran presentar sus reclamaciones a los bancos para recuperar las cantidades cobradas de más.

En otro orden de cosas señalar que hasta ahora la jurisprudencia expuesta defiende los derechos del consumidor, por ello es tan importante el destino del importe del préstamo hipotecario ya que es el que va a definir si la cláusula suelo afecta a un consumidor, empresa o profesional. No obstante, algunos expertos ponen de relieve que **el sistema jurídico español tiene un vacío legal** y “La idea de cuándo se es consumidor es importante y parece que si el préstamo ha ido más destinado al negocio, el afectado no es consumidor”².

Siguiendo esta línea, es conocida la STS número 367 de 3 de junio de 2016 en la que SE sentenciaba contra la demandante, una empresaria que solicitó una hipoteca con cláusula suelo para comprar un local donde instalar una farmacia, dando la razón al banco que logró mantener dicha cláusula en el préstamo al entenderse que esa compraventa quedaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y porque la prestataria con carácter previo fue debidamente informada de su inclusión.

Si bien lo que más nos interesa de esta sentencia es por el voto particular emitido por el magistrado Javier Orduña, quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho porque y quien destacó que “no se puede eliminar con carácter general el control de transparencia para pequeños y medianos empresarios”. Estela que siguen cada vez más Juzgados de Primera Instancia o Mercantiles, como el caso de los de Vitoria, Jaén o las Audiencias Provinciales de Toledo, que dictan a favor de los profesionales considerados no consumidores³.

Asimismo, señalar que aunque el profesional, empresario o autónomo no esté protegido por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sí pueden reclamar por otra vía la

² Carlos Suárez, catedrático emérito de Derecho Civil

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén, de 4 de noviembre de 2016, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de 27 de octubre de 2016, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de octubre de 2016

retroactividad total de las cláusulas suelo dado que al tratarse de condiciones generales de la contratación también se les aplica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Así lo avala la reciente Sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cáceres, declara la nulidad de la cláusula suelo impuesta en el préstamo hipotecario con subrogación, firmado entre LIBERBANK y una empresa de Cáceres, para la adquisición de una nave, no recogiendo las escrituras las condiciones del préstamo hipotecario y no siendo las mismas facilitadas por la Entidad Financiera.

La demandada se opuso alegando que al ser el prestatario una empresa, LIBERBANK la demandante no actuó como consumidora y por lo tanto no puede aplicarse la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la Juzgadora del procedimiento reconoce que si bien no era de aplicación la Ley de Consumidores y Usuarios si es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual es de aplicación tanto a personas físicas como a personas jurídicas, tal como resulta del artículo 2 de la LCGC, según el cual, “la Ley es de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional y por una persona física o jurídica, actuando esta misma en el ámbito de su actividad profesional o empresarial”.

En el Fundamento de Derecho Segundo, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que señala lo siguiente:

“El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial. (...) «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».”.

También se hace mención a lo establecido en el Fundamento Jurídico 201 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que recordó que, “el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir: (...) «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con

consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC -” Señala nuestro Alto Tribunal que los deberes de información que la Entidad Bancaria tiene que cumplir al ser una condición general de la contratación, son los previstos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, así como en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En la Sentencia analizada, se reconoce que una vez analizada la prueba obrante en el procedimiento, la entidad bancaria no ha cumplido los deberes de información necesarios a la cláusula suelo, concluyendo que “dada la falta de información sobre la cláusula suelo y la ausencia de negociación, procede considerar que la misma es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, conforme a la STS de 3 de junio de 2016 anteriormente transcrita, por lo que conforme a la normativa también anteriormente transcrita contenida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, procede declarar la nulidad de la misma, condenar a la demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo suscrito por la demandante, y a recalcular el cuadro de amortización, en los términos interesados en el suplico de la demanda.”

Por último señalar que cada vez son más las sentencias que determinan la inexistencia de claridad en las cláusulas no negociadas en los contratos hipotecarios entre entidades bancarias y empresas mercantiles. En definitiva, en el caso de las empresas, no consumidores, que pretendan la declaración de nulidad de la cláusula suelo presente en sus préstamos hipotecarios, será necesario que planteen una demanda basada en la no superación del control de incorporación de la cláusula suelo y en la imposición de la misma por parte del banco, en contra del principio de buena fe contractual.

2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL CONFORME AL RDL 1/2017: Análisis del procedimiento extrajudicial para la devolución de cláusulas suelo

La Entidad financiera, Bantierra, en oposición a la solicitud de acuerdo extrajudicial de mis clientes expone de contrario la condición de no consumidor de los mismos.

En aras a valorar si es procedente dicha oposición y sus consecuencias, debe examinarse el RDL 1/2017, vigente desde el 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores

en materia de cláusulas suelo y que establece un procedimiento extrajudicial voluntario para el **consumidor** e imperativo de atender por parte de las entidades bancarias.

Esta norma ofrece una vía más rápida, eficaz y gratuita para llegar a un acuerdo que permita la resolución de sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades, si bien a continuación detallo las cuestiones más importantes a tener en cuenta de este nuevo procedimiento extrajudicial.

2.1. OBJETO Y SUJETO

Partimos de que el objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el **consumidor** a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo que se contienen en los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria⁴.

En este sentido quiero recalcar que este procedimiento sólo se aplica en los supuestos en los que el prestatario es un **consumidor**, es decir, una persona física⁵. Por tanto no es aplicable para aquellas personas jurídicas y en consecuencia sería procedente la no estimación por tal motivo.

2.2. PROCEDIEMIENTO

Con objeto de interponer reclamación previa a la interposición de demanda judicial y siguiendo el sistema establecido⁶, mis clientes voluntariamente presentaron escrito ante la Entidad bancaria el día 24 de enero en su entidad bancaria solicitando la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por la aplicación de la cláusula suelo contenida en su préstamo hipotecario.

Asimismo, tal y como está establecido, la entidad de crédito una vez recibida la reclamación comunicó a los reclamantes que la devolución no era procedente motivando su decisión en la condición de no consumidor de los reclamantes.

Esta circunstancia es importante dado que en este caso “al rechazar expresamente la solicitud del consumidor” se da por concluido el procedimiento extrajudicial y da la oportunidad a los

⁴ Artículo 1. Objeto y Art. 2. Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁵ Art. 2.1 y 2.2 Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁶ Artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017

reclamantes de reclamar por vía judicial si lo considera conveniente⁷, sin necesidad de esperar los tres meses estipulados para resolver desde la presentación de la reclamación.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, estando en vigor el RDL 1/2017 se dio cumplimiento al mismo y que por lo tanto habiendo sido denegada la solicitud de acuerdo de los reclamantes, cabe la interposición de acciones judiciales.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La cuestión que se plantea es si en un préstamo hipotecario cualquiera de los deudores solidarios puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, aunque el resto no intervenga en el proceso.

La pluralidad de deudores en un préstamo con garantía hipotecaria es relativamente frecuente. Por una parte, están los casos en los que los deudores son matrimonio, pero por otra, hay situaciones en las que varios deudores contratan un préstamo para comprar una vivienda entre varios o incluso construir sus propias viviendas.

No obstante en este caso se dan dos circunstancias, que mis mandantes son matrimonio entre sí y que a su vez son co-prestarios solidarios con otro matrimonio. Atendiendo a la primera circunstancia el Código Civil prevé expresamente que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes⁸. Si bien el principal dilema a resolver es la existencia de una pluralidad de deudores en un préstamo hipotecario con independencia de su estado de casados, por lo que aplicaremos el régimen previsto para obligaciones mancomunadas y solidarias prevista también en el Código Civil⁹.

Es reiterada la jurisprudencia en este sentido. Entre las sentencias más recientes, nos referimos a la dictada el 17 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Palencia, en el que dos clientes tomaron un préstamo hipotecario para la compra de un local¹⁰.

Uno de ellos, presentó demanda contra el Banco Ceiss, solicitando la eliminación de la cláusula suelo del préstamo, que se había establecido en el 3.50%. El otro deudor no intervino en el proceso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo.

⁷ Art. 3.4 y Art. 3.6 RDL 1/2017

⁸ Artículo 1.385 Código Civil

⁹ Artículo 1137 y siguientes del Código Civil

¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2016

Así que el Banco Ceiss recurrió ante la Audiencia Provincial, alegando “falta de legitimación”, al haber reclamado uno solo de los deudores solidarios.

La sala desestima el recurso y confirma la sentencia de la primera instancia.

Para la Audiencia, uno de los deudores, está haciendo por medio de su reclamación judicial, una actuación que es útil a los demás: Si se consigue eliminar la cláusula suelo, irá en beneficio del resto de deudores solidarios. Y esta legitimación, está expresamente prevista por el artículo 1141 del Código Civil¹¹: Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás pero no lo que les sea perjudicial. Además, el artículo 1143 CC se refiere a “cualquiera de los deudores”¹²: La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998 indica expresamente que:

“Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan ni puedan traer, otros posibles interesados como comandantes.”

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993.

Cualquiera de los comuneros (o en este caso, deudores hipotecarios solidarios) puede comparecer en juicio para ejercitar o defender los derechos que afectan a su comunidad “en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás partícipes sin que les perjudique la adversa o contraria”¹³.

En conclusión, en los casos de préstamos hipotecarios con varios deudores solidarios, sean a su vez matrimonio como es nuestro caso o no, cualquiera de ellos puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, sin que sea la presencia del resto necesaria en el proceso, pues es una acción que redunda en su beneficio y que no le perjudica.

¹¹ Art. 1141 del Código Civil

¹² Art. 1143 CC

¹³ SSTS 18.12.1933, 5.7.1954, 29.12.1967, 24.10.1973, 21.09.1987, 8.02.1994

4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION

Una vez asentado lo anterior, estando nuestros mandantes legitimados y por lo tanto pudiendo ejercer la acción de manera individual, procederemos a valorar la validez de la cláusula estipulada en el préstamo de novación contractual suscrito con posterioridad al préstamo hipotecario, por la que renuncia expresamente a cuantas acciones legales pudieran corresponderle

En primer lugar, en cuanto a los efectos que pudiere tener el documento novatorio firmado únicamente por mis mandantes y fechado el 31.10.2013) y por medio del cual se rebajó la cláusula suelo, la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... En cuanto a la novación hay que partir de un dato fáctico, aunque sólo posea valor indiciario, no definitivo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las siguientes circunstancias:

- Que en 2014 estaba reciente el A.T.S. 6-11-2013, que tuvo que completar la compleja S.T.S. de 9-5.
- Hasta 20-3-2015 el Alto tribunal no concretó las consecuencias efectivas de la precitada STS 9-5-2013.
- Y aún al momento de redactar la demanda se desconocía qué diría al respecto el T.J.U.E. en la cuestión prejudicial a él sometida y relativa a la eficacia de la sentencia de 2013.

En estas condiciones de incertidumbre jurídica no se puede exigir a consumidores que realicen un seguro juicio proyectivo del alcance de sus actos, cuando los profesionales del Derecho no encuentran una decisión clara. No se puede olvidar este contexto social¹⁴, cuando la prestamista ofrece una reducción de una cláusula que –desde un punto de vista abstracto y genérico- es susceptible de ser nula, pero sometida a vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)".

Tras ello la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... Desde este punto de partida, este tribunal ya se ha pronunciado en la valoración jurídica de tales novaciones. Tanto el Auto 77/16, 18-2, como la Sentencia 156/16, 14-3 recogen la siguiente interpretación: "En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional

¹⁴ art.3-1 CC

haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle.

De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-.

Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto...”.

Igualmente se estima de interés reflejar lo indicado en la SAP Zaragoza, Sec 5^a 10.02.2017 en la que con referencia al AAP Zaragoza, Sec 5^a nº 77/2016, de 18 de febrero se indica que: “[...] Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - *quod nullum est nullum producit effectum* -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro):

"...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores..." . 2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. ..."

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

Lo anterior implica que el acuerdo novatorio incluso en el caso en el que suscribirse hubieren sido explicados con detalle en lo que es la operativa de la cláusula suelo no pueden ser tomados en consideración dada la nulidad de la que estaba viciado el documento de origen (y sin ser necesario

por ello entrar en las mismas condiciones de estos documentos y el contraste de lo suscrito con lo que era la posición jurisprudencial ya determinada en ese momento).

5. CONDICION DE CONSUMIDOR

Una vez hemos podido apreciar que los interesados están legitimados y que la renuncia efectuada en el contrato de novación no impide que puedan ejercer sus acciones de forma individual, vamos a proceder a analizar si cumple con la condición de consumidor de cara a determinar la estrategia procesal.

Resolver jurídicamente la consulta planteada nos obliga a realizar unas consideraciones generales y básicas sobre las consecuencias transversales determinantes de la condición de consumidor de los interesados.

5.1. DEFINICION

Partiendo de las circunstancias que rodean este caso, en cuanto a si los demandantes se pueden considerar como consumidores es de señalar que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 23 de febrero de 2006, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello hace que la definición de consumidor vigente en tal momento fuere la que se contenía en el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Según esta norma, lo que determinaba la condición de consumidor era el tratarse de personas que actuaran como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

En el presente caso se considera que la intervención de todos los prestatarios en el préstamo que se analiza fue a título de destinatario final, ya que si bien la escritura puede dejar abierta la cuestión (alude a que el destino de la cantidad prestada fue la construcción de viviendas), no obstante tal documento se estima idóneo integrarlo con la propuesta de préstamo a la demanda en la que se habla de autopromoción, esto es, que el objeto del préstamo es obtener fondos para la construcción de la propia vivienda. Además, no puede confundirse la actividad profesional de Don Antonio como albañil con la de promoción de viviendas cuya actividad es distinta y se centra en la comercialización de las mismas por lo tanto no actuó en el ámbito de su actividad profesional. Asimismo tampoco nos puede confundir que la autopromoción de su propia vivienda y la de su hija fuera construida por la empresa Serrano Madurga, S.L., puesto que debe considerarse normal que sea una empresa conocida y familiar a la que se le encomienda la tarea, todo ello sin ánimo de lucro por los prestatarios. Por último hay que tener en cuenta que los solicitantes vendieron su vivienda anterior para obtener fondos de cara a la adquisición de la nueva y que el matrimonio compuesto por D. Antonio y D^a Aurora hizo uso y disfrute de la misma.

Es por ello que sí se estima que los solicitantes pueden ser considerados consumidores al ser destinatarios finales de las viviendas.

5.2. CONDICION DE CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL

Como consecuencia de los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo, en particular, las SSTS de 2013 y 2015, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, nos queda claro tanto la abusividad de la cláusula suelo para consumidores, - si no supera el doble control de inclusión y transparencia- , como la procedencia de reclamar las cantidades indebidamente satisfechas a las entidades financieras por aplicación de la misma desde la formalización del préstamo. Sin embargo, en el caso en el que finalmente determinemos que la condición es de no consumidor, porque los prestatarios actúen dentro de su actividad profesional o mercantil, vamos a cuestionar si podrían reclamar judicialmente la inaplicación de dicha cláusula y por ende, la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la misma.

A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE

Para ofrecer una respuesta conforme con el Ordenamiento jurídico, debe acudirse a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC).

La referida Ley en su Exposición de Motivos indica que «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 y empresarios». Por lo tanto, la cláusula suelo debe considerarse como condición general de la contratación y el prestatario, adherente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

B. DOCTRINA

A priori podemos tener una percepción del injusto trato que se le da a los profesionales, y pequeños empresarios o PYMES que han constituido préstamos hipotecarios que contienen cláusulas suelo, porque por su condición no se encuentran bajo el paraguas protector de ley General de Consumidores y Usuarios y tienen que formular sus reclamaciones en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), donde se encuentra regulada la abusividad de este tipo de cláusulas. Y es que además parece lógico pensar que si el Tribunal Supremo ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, tales como los swaps y participaciones preferentes, a través de la apreciación del error vicio del consentimiento y donde la determinación de la nulidad del contrato tuvo lugar sin diferenciar si la condición del adquirente del producto financiero complejo fuera consumidor o no consumidor y así lo ampararon algunas resoluciones tales como las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, 20 de noviembre de 2015, 9 de diciembre de 2015, 3 y 4 de febrero de 2016, 11 de marzo de 2016, 8 de abril de 2016, 14 y 20 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016 y 5 y 7 de octubre de 2016. También se pudiera hacer extensiva a la contratación de otros productos financieros con cláusulas- condiciones generales. Si bien esta sería una solución deseable para el asunto que nos ocupa, aún no se ha producido y por lo tanto aquellos casos en los que el adherente no es un consumidor deben ser abordados de diferente manera.

Por todo ello es tan importante discernir cuando se ostenta la condición legal de consumidor y más aún en el caso de los profesionales y empresarios ya que se puede dar la paradoja de que si una persona ejerciendo bien su labor como profesional, o bien explotando un pequeño negocio a través

de una sociedad de responsabilidad limitada contrata un préstamo fuera del ámbito en que desarrolla su actividad dichas cláusulas pueden ser objeto de denuncia por incumplimiento del doble filtro de control de transparencia, que permite llegar al control del contenido y por el contrario, si el mismo, lo hace como consecuencia de su actividad profesional no, cuando en ambos casos es la misma persona la que contrata, dispone de los mismos conocimientos, capacidad de negociación y se le ha proporcionado la misma información.

Es más incoherente aún si cabe, tal y como mantiene nuestra doctrina más autorizada¹⁵, si tenemos en cuenta que en ambos supuestos se ha incumplido de forma clara lo dispuesto en el artículo 7,1-b LGC que señala que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales “que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” y más aun sabiendo que estas pueden darse tanto entre empresarios (B2B) como entre empresarios y consumidores (B2C).

Asimismo, nos haremos eco tanto de los estudios de la Catedrática Doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y la profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Inmaculada Barral Viñals, como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

Y es que, la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia⁽³⁾ apunta a que “mientras no se modifique nuestra legislación o no cambie su línea de pronunciamiento el Tribunal Supremo, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial”. Por lo tanto, todos estos sujetos deberían someterse en cuanto actúan en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación al control de incorporación y de transparencia contenido en los artículos 5, 7, 8.1 y 9 LCGC así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (*ex art. 1258 CC*)¹⁶.

¹⁵ BARRAL VIÑALS, I, "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios". *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2015.

¹⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), núm. 748, marzo.

Y añade... "En este sentido, la falta de transparencia de la cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, a tenor del artículo 217 LEC. Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa"¹⁷.

En opinión de la citada profesora, que compartimos, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentra en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 de la LCGC de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (ex art. 5.5 LCGC) y/o (2) por vicio de consentimiento (ex art. 1271 CC).

Y no solamente encuentran, tanto consumidores, como empresas, amparo legal necesario para solicitar judicialmente la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, al amparo

¹⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.

del artículo 5.5. de la LCGC, sino al amparo del artículo 7,1-b de la LCGC, tal y como afirman las profesoras Sánchez Ruiz de Valdivia y Barral Viñals. En este sentido, y tal y como ha afirmado Sánchez Ruiz de Valdivia, "Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos 5 y 7 de la LCGC.

Y es que, los empresarios en calidad de adherentes en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir a lo estipulado en los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC y, supletoriamente del Código Civil.

Asimismo, la falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (ex artículos 7 y art. 1258 CC) por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 y art. 6.2 CC) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticiamente. Además, y en calidad de usuarios de servicios bancarios creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la Ley 47/2007.

Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas» y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, carecen de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)".

C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, aunque no resulta un procedimiento tan habitual y exitoso como la nulidad de cláusulas suelo en consumidores, al no serles de aplicación a los empresarios el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, son cada vez más numerosas las sentencias que han venido estimando las pretensiones de nulidad de cláusulas suelo de profesionales y empresarios que actuando en el ámbito de su actuación empresarial concertaron préstamos con garantía hipotecaria (1). (1)SAP Toledo 18-10-2016; SJPI7 de Vitoria-Gasteiz de 27-10-2016, SJPI6 de Jaén de 4-11-2016, SJMercantil de Murcia de 17-10-2016, entre las más recientes.

En este sentido, la base para poder reclamar la nulidad de la cláusula suelo consiste en evidenciar que el adherente no tuvo oportunidad de negociarla y que sus condiciones fueron impuestas por la entidad financiera. Es decir, dado que los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores – entre los que se halla el control cualificado de transparencia- no son aplicables a la contratación con profesionales, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 3 de junio de 2016 y 30 de enero de 2017, debe recurrirse a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en este tipo de negocios jurídicos.

En definitiva, la nulidad o no de la citada cláusula debe analizarse teniendo en cuenta como parámetro de interpretación la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código civil y del artículo 57 del CCom.

Asimismo, en virtud de los mencionados artículos debe entenderse que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales de la contratación que supongan “un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente¹⁸.

¹⁸ AGÚERO ORTIZ, ALICIA, El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) *Alicia Agüero Ortiz*

En definitiva, el control de inclusión exige que se facilite información sobre las cláusulas suelo, y que éstas se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez¹⁹, sin ser en ningún caso ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles²⁰.

En este sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Jaén de 4 de noviembre de 2016, estableció que la cláusula suelo no superaba el control de inclusión porque «no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para, de forma poco clara, expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aun cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.»

Este control de inclusión hay que analizarlo sobre la base del principio de la buena fe, principio capaz de excluir toda cláusula del contrato que suponga un desequilibrio de la posición contractual del adherente. En este sentido, puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de la cláusula que perjudican al adherente.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha señalado que, para que una cláusula se considere negociada, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación (STS de 29-04-2015).

También la Audiencia Provincial de la Rioja, se pronunció a este respecto, estableciendo que «una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual».

Ahora bien, en lo que a empresarios adherentes se refiere, la reciente STS de 30 de enero de 2017, señala que al tener el adherente la condición de no consumidor, operarán las reglas generales de la carga de la prueba, y por tanto será el prestatario el que deba acreditar lo que alega, es decir, la inexistencia o deficiencia de la información recibida de la entidad bancaria, e indicar en su caso las

¹⁹ Art. 5.5 LGC Requisitos de incorporación LCGC

²⁰ Art. 7 No incorporación LCGC

circunstancias personales que pudieron influir en la posibilidad de negociación y la medida en que la cláusula fue impuesta unilateralmente y por ende de forma abusiva.

En definitiva, sólo se puede declarar judicialmente la nulidad de la cláusula abusiva una vez acreditado, conforme a lo anteriormente expuesto, que ésta no cumple con el control de incorporación respecto a las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones.

Por último señalar, respecto al control de transparencia cualificado que aunque no se aplica actualmente a los no consumidores, no hay que perder de vista el voto particular, emitido por el magistrado Javier Orduña expuesto con anterioridad quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho y por tanto la protección del control de transparencia debe extenderse también a la contratación con profesionales y empresarios.

En cualquier caso, actualmente, existe una vía judicial con argumentos suficientes para declarar la nulidad de una cláusula suelo cuando quien contrata el préstamo hipotecario no es considerado consumidor. Si bien, deberán estar correctamente asesorados y cuidar de –en palabras del Alto Tribunal– acreditar que se trató de una estipulación sorprendente que desnaturalizó el contrato y frustró sus legítimas expectativas, así como indicar, ya desde la demanda, cuáles son las concretas circunstancias concurrentes que pudieron haber influido en la negociación y en qué medida le fue dicha cláusula abusivamente impuesta.

5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Partiendo del doble control al que somete las cláusulas suelo el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 241/2013, Sala Civil, de fecha 9 de mayo de 2013, debemos determinar su licitud condicionándolas a que se observen una especial transparencia exigible en aquellas cláusulas no negociadas individualmente, que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. Es decir que para que lo sean, su transparencia ha de permitir al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparo de riesgos, transparencia para la que fija un doble control:

- a) El de inclusión o incorporación, relativo a su claridad gramatical, aplicable tanto a contrataos en que son parte consumidores como a los que no lo son, y que deriva de los arts. 5 y 7 de la de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que

veda las condiciones generales cuya redacción no se ajuste a los principios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”²¹, y aquellas en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”²².

- b) El de transparencia o de transparencia reforzada, de creación netamente jurisprudencial, y analizado extensamente por la STS de 9 de mayo de 2013, y aclarado por Auto del mismo Tribunal de 3/6/2013, es aplicable a contratos en que son parte los consumidores y que viene impuesto por la necesidad de que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuesto o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” y que implica «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado» (FJ 12º).

Tras las precisiones anteriores, y en cuanto a la concreta cláusula objeto de análisis, y sin estimarse necesario entrar en el estudio fundamentado en la doctrina del error, es de señalar que legalmente existe un doble control respecto a las cláusulas abusivas.

-El primero corresponde a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores y el segundo al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Éste segundo tipo de control es de señalar que no es tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

De cara a la operatividad de estas facultades de control, cuando se trata de cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la

²¹ Art. 5.5 LCGC

²² Art. 7 LCGC

Directiva 93/13 pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato” y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

En cuanto al primer control de inclusión que se lleva a cabo por medio de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (que si puede afectar a los elementos esenciales definidores del contrato como una cláusula delimitadora de los intereses operativos como la aquí contemplada), de la lectura del artículo 5 de la misma pueden determinarse los siguientes requisitos para su válida incorporación en un contrato: aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes, que el contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas, que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación, que el predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas, que la redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En lo que es este último requisito de la transparencia, la STS 11.04.2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por su parte la STS 9.05.2013 alude a un doble control de transparencia, y que abarca:

- a) El cumplimiento de los requisitos de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical.
- b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Ello significa que el adherente ha de conocer o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Este segundo control hace preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Asimismo, como indica la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017: "... para analizar la cuestión litigiosa es preciso partir de las pautas que recoge la S.T.S. 9-5-2013. Es decir, si estamos ante una redacción ilegible, ambigua, oscura e incomprensible para un consumidor, de forma que tenga la posibilidad real de conocer su alcance. Es decir, que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" como la "jurídica" que la cláusula lleva consigo. Que perciba o pueda percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, para lo cual, no puede estar enmascarada entre información abrumadora que dificulte su identificación (A.40/2015, de 23-1, de esta sección 5^a) Más concretamente, la citada S.T.S. 9-5-2013 concluía: "223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el

BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Tras ello continúa indicando la antes mencionada SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 que: "... A fin de valorar estos elementos (claridad y transparencia), será preciso tener en cuenta todas las circunstancias concretas que rodean el negocio jurídico en cuestión. Así lo expone el Alto Tribunal:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art.4,1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"(en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[el] carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.".

Finalmente la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 refleja lo indicado en la SAP. Barcelona, Sec 15^a 2.07.2015 que señala que: "Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo... En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado".

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, se puede concluir que éstas se caracterizan por los siguientes rasgos: Son estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. No han sido consentidas expresamente por el consumidor. Contravienen las exigencias de la buena fe, se estipulan en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A lo anterior cabe añadir que del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Este viene determinado por la negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva.

A. CONTROL DE INCORPORACIÓN

En el concreto caso aquí planteado y en lo que es el control de incorporación, en el caso concreto de las cláusulas suelo, se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica. Esta estuvo constituida por la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios -aplicable en un primer momento a los préstamos de cuantía inferior a 25.000.000 pts. (150.253,03 €) y posteriormente también a todos los préstamos de cuantía superior que recaigan sobre una vivienda en virtud de la reforma del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. La Orden de 5 de mayo de 1994, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante.

Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Con la regulación antes reseñada se trata de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo la entrega de toda una documentación previa en la que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

En el concreto caso aquí planteado la cláusula sometida a consideración se estima que supera el control de incorporación pues es comprensible (indica que el interés calculado según el tipo variable nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual).

B. CONTROL DE TRANSPARENCIA

En lo que es el control de transparencia exige que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que supone el contrato, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo.

Asimismo se estima necesario poner de manifiesto que en procedimientos como el presente se debe proceder al análisis concreto de las circunstancias concurrentes en cada caso específico, considerando que ello es lo que se deriva de la STS 9.03.2017 en la que se dispone que: “Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato.

Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo

económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

En una posible acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”.

De esta sentencia se estima que cabe deducir que hay que estar al acervo probatorio del caso concreto y que incluso puede comportar que si la negociación de la concreta cláusula resulta probada, incluso eso conlleva que no puede ser tratada como una condición general.

Es a la vista de lo expuesto que se estima necesario en este caso proceder a las concretas circunstancias y de las que en primer caso cabe derivar que la cláusula objeto de impugnación si debe ser tratada como condición general de la contratación al no constar una negociación individualizada.

En este caso la cláusula de limitación del tipo de interés aparece tras el lugar en el cual se fija el importe del tipo variable con el Euribor más el diferencial correspondiente lo que hace que sea más fácilmente identificable, si bien no aparece de forma separada y de hecho aparece integrada en una cláusula dedicada a los intereses que abarca 6 páginas insertándose dentro de las mismas.

No obstante esta ausencia de constancia separada de la cláusula limitativa del tipo de interés, en este caso se cuenta con un documento previo en el que se recogen los elementos de la operación con apartados diferenciados para conceptos como capital, intereses ordinarios, interés mínimo y máximo. Tal documento es el ya referido de propuesta de préstamo fechada el 2.02.2006 (la escritura se otorgó el 23.02.2016) y en él se indica que el importe del préstamo es de 300.000 € señalando que el tipo operativo es el del Euríbor+0,65 puntos con un mínimo del 2,5% y máximo del 15%.

Sin embargo, este documento y el detalle del mismo, se estima que, dado el carácter solidario de la obligación de todos los prestatarios, para que el mismo pudiere ser tomado en consideración de cara a entender que los prestatarios eran conscientes de la carga económica del contrato (y con ello reunirse el requisito de transparencia), debería el mismo haber sido firmado por los cuatro

prestatarios al estar todos ellos afectados de igual manera por el préstamo (por el carácter solidario de su responsabilidad y que justifica que sean dos de ellos quienes requieran de este dictamen).

Ello hace que en virtud de las concretas circunstancias del caso no se debe estimar que el préstamo objeto de dictamen supere el filtro de la transparencia, lo que hace que se deba declarar su nulidad.

6. CONCLUSIONES

PRIMERO.- El eje fundamental del presente dictamen radica en determinar si mis clientes al tiempo de suscribir el contrato que constituye el objeto del presente dictamen, actuaron o no como consumidores, y una vez determinada tal condición procederá analizar el contenido y alcance de la clausura cuya nulidad se pretende instar.

SEGUNDO.- Que los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse acerca del concepto o criterio a seguir para determinar cuando una persona debe ser calificada, a efectos de aplicación de normativa específica, como consumidor o no y así se ha expuesto anteriormente. Pero en definitiva, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren bienes, servicios o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden.

No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquiera, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Es decir, el énfasis para distinguir la calificación de consumidor se halla en si la persona es el destinatario final del bien o servicio. En consecuencia, han quedado excluidos los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, ya fuera empresario individual o autónomo o sociedad, contrariamente al criterio de extensión de la protección al profesional seguido en la legislación sobre las condiciones generales de la contratación, que protege tanto a los consumidores como a los empresarios y profesionales cuando contraten entre sí.

En el caso que nos ocupa no existe cuestión de la profesión de uno de los prestatarios, albañil, pero tampoco debe existir cuestión de los hechos objetivos que se han expuesto, cuales son, en primer lugar, la fecha de la escritura, el objeto de la misma – autopromoción de vivienda habitual.

Es un hecho que dicha construcción ha sido destinada a ser vivienda habitual de mis clientes y de uso y disfrute del otro matrimonio prestatario.

A la vista de los anteriores hechos deberemos concluir que queda desvirtuada la argumentación de la entidad bancaria en el sentido de considerar que no son consumidores los prestatarios, a la fecha de la firma del contrato de préstamo y el destino a dar a la entidad obtenida para su financiación no era empresarial o societarios, sino personal y particular, pues a dicha fecha ni la mercantil estaba

constituida, ni se acredita que se haya destinado la construcción a otro uso que no haya sido el personal particular y habitual de los prestatarios.

Lo demás puede ser considerado conjeturas y manifestaciones de la entidad financiera que no sirven de fundamento para dudar y/o negar de la condición de consumidores de los prestatarios al tiempo de suscribir el contrato que debe ser objeto de análisis.

TERCERO.- De conformidad con lo resuelto en el apartado anterior, ha de señalarse que los prestatarios deben tener, en el contrato litigioso, la condición de consumidores que ha suscrito un préstamo con un profesional, concretamente, con una entidad bancaria en el desarrollo de su actividad. Asimismo, de los hechos expuestos concluyo que la cláusula enjuiciada no ha sido negociada individualmente por los prestatarios, sino que se trata de una cláusula predisposta por la entidad bancaria.

En este sentido, debe recordarse que corresponde a la entidad financiera la carga de acreditar que una cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. Así lo indica expresamente el art. 82.2 del RDLeg 1/2007, lo proclama la citada STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 16 de enero de 2014, que recuerda que el art. 3 apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 establece que si un profesional afirma que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, sumirá plenamente la carga de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, de los hechos expuestos no puede demostrarse que la cláusula litigiosa fuese objeto de negociación individualizada con la entidad bancaria, , pues no ha quedado demostrado que los prestatarios pudieran influir en su contenido, limitándose a decidir si la aceptaba o no, circunstancia que la STS de 9 de mayo de 2013 apunta.

En definitiva, ha quedado demostrado que la cláusula objeto de examen es una cláusula predisposta por la entidad bancaria en un contrato celebrado con mis clientes y que dicha forma de contratación conlleva la consideración de la cláusula en cuestión como una condición general de la contratación.

CUARTO.- Pues bien, aplicando los criterios expuestos al caso que nos ocupa, debe examinarse si la cláusula puede salvar el test de transparencia en los términos que recoge el TS, todo ello respecto al momento de la suscripción del préstamo hipotecario.

En primer lugar, no consta ningún tipo de información previa a la contratación que fuera facilitada por el banco para que conociera la existencia de la cláusula. En segundo lugar, en la hipoteca, la cláusula no ofrece información suficientemente clara ni sobre la propia existencia de la limitación en cuanto al suelo y techo, ni sobre el hecho de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin ser informado del tipo máximo y mínimo que se le iban a aplicar. Tampoco se le ofrecieron escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la aparición del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo la que pudiera contratarse la cobertura. No consta que con anterioridad a la firma de la escritura pública se informara de manera clara y transparente sobre la transcendencia económica de la cláusula suelo, sin que esa ausencia de información tampoco pueda considerarse subsanada en el momento de la firma, etc.

En este sentido debe recordarse que la STS de 9/5/2013 declara que “no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un préstamo con interés variable, se recoge cuál es el diferencial aplicable y, pese a incluirse a continuación la licitación de ese tipo de interés, se omite toda información al respecto porque mis mandantes no tuvieron conocimiento de las condiciones de la hipoteca que suscribía, todo ello instancia de la parte demandada que le debía proporcionar la correspondiente información.

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniere el Notario y procediera a la lectura de la escritura pública, puesto que tal lectura lo que colma es el requisito de incorporación al contrato de esa cláusula, pero es insuficiente para atender el de transparencia en los parámetros antes expuestos pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que los prestatarios llegasen a alcanzar la compresión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué suponía esa cláusula durante el tipo de duración del préstamo hipotecario.

En definitiva, en el presente supuesto se considera que la cláusula denunciada no supera ese control de transparencia por falta de información suficiente clara de que se refería a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incide o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que la redacción de la misma en la hipoteca no permitía a los prestatarios alcanzar el verdadero contenido de dicha cláusula en cuanto al establecimiento de un suelo en el interés variable. Y ello pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamos a interés variable, pues para el consumidor

se convirtió en un préstamo a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito, situación que genera la ausencia total de la actuación llevada a cabo por la entidad demandada para acreditarse la forma de negociación y suscripción del préstamo hipotecario, valorándose, únicamente, lo declarado por los prestatarios.

QUINTO.- El segundo momento en que se sitúa la controversia entre las partes debe ser por el documento de novación 31 de octubre de 2013 suscrito sólo por mis mandantes y no por el resto de los prestatarios. En virtud de dicha novación, aceptaron la modificación del tipo mínimo de interés para toda la vida del préstamo, manifestando entenderlo novado y renunciando expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción con causa en el clausulado del préstamo, así como por las liquidaciones y pagos efectuados del préstamo hasta la fecha, con la renuncia a empresasder acciones frente a la entidad, ni por la cláusula, ni por los pagos efectuados con base a la misma. Documento que terminó con mención manuscrita por los clientes de “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en concreto de un techo del 15% y un suelo del 1,0%. Además, he sido advertido por la entidad prestamista de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiara de descensos de tipo de interés de referencia por debajo del mínimo pactado, esto es del 1,50%”.

En base a dicho documento, hemos cuestionado la inexistencia de acción de los prestatarios, pero la valoración debe hacerse al respecto de ser en el sentido de que la actora fue consciente de lo que firmaba en cuanto a la realidad de la rebaja del tipo mínimo de interés y su aplicación, a partir de ese momento del préstamo hipotecario, siendo consciente y conocedor de ello, dando validez a los pagos ya realizados con aplicación del tipo de interés mínimo vigente hasta ese momento y con renuncia a la reclamación judicial, pues no habría duda de que conocía y entendió la información proporcionada por la entidad bancaria. Conclusión a la que nos oponemos en cuanto a que la aceptación de la novación vendría condicionada por la nulidad de la cláusula suelo desde el préstamo hipotecario, en cuanto a que no fue informada de su existencia, contenido y efectos, por lo que toda actuación posterior estaría viciada, impidiendo que la novación de 2013 generara efectos y que debe resolverse en los términos expuestos anteriormente mediante Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de febrero de 2016.

Dicha doctrina se considera que debe aplicarse en cuanto a las conclusiones que obtienes respecto de la inadmisión de la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de lo que es nulo ningún efecto produce, que debe ponerse en relación al resultado ya obtenido respecto de la valoración del préstamo hipotecario en que la parte prestataria basaría su acción de nulidad, por la limitación de la libertad contractual y por propia psicología del cliente que manifestó la actora en cuanto a su petición de que se dejara sin efecto la totalidad de la cláusula suelo, aceptando la rebaja ante la única oferta que recibió de la demanda.

De conformidad con lo expuesto, ha de señalarse como conclusión que la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, en los términos en que se firmó la novación de octubre de 2013, no debe generar efectos en el sentido alegado por la demandada, con la consecuencia de que la valoración sobre la cláusula suelo que se aplicaba por la entidad bancaria a los prestatarios debe ser conforme al préstamo hipotecario, la cual ya se ha concluido que debe ser nula por el incumplimiento del requisito de transparencia que debió observarse en su formalización y comprensión por la parte actora que actuaba con la condición de consumiría al aceptar la novación de su préstamo hipotecario.

SEXTO.- Atendiendo a los intereses de los prestatarios que represento, y observando el posicionamiento que están adoptando todos los Juzgados a raíz de las SSTS de 2013 y 2015 y la reciente Sentencia del TJUE de diciembre de 2016, la alternativa más beneficiosa una vez fracasado el intento del acuerdo extrajudicial previsto en el RDL 1/2017 es la interposición de una demanda judicial, en su condición de consumidor, en ejercicio de las acciones de nulidad de la cláusula suelo-techo y la acción de reclamación de cantidad por los importes abonados de más en concepto de interes.

SÉPTIMO.- Si bien no hay que descartar acudir a la vía, o bien del acuerdo transaccional o bien a la vía de la mediación, en la cual las partes libremente y auxiliadas por un tercero imparcial podrían llegar a un acuerdo acercando posturas y estructurando libremente el desarrollo del proceso, generando una situación de confianza y acercamiento en la que si termina con acuerdo, siempre será mejor cumplir con el acuerdo llegado de forma negociada que una solución impuesta por la autoridad. Siempre respetando los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad.

La postura que ofrecería esta parte en el proceso de negociación sería considerar nulas la cláusula suelo solamente por su parte del préstamo, de tal forma que la entidad no tendrá que indemnizar a los demás prestatarios. Si la mediación termina con avenencia, probablemente muy similar a la del

Juzgado de Primera Instancia, adquirirá fuerza ejecutiva y en caso de incumplimiento por una de las partes, podrá solicitarse su ejecución en el Juzgado que corresponda, pero hay que recordar que siempre es mejor una solución negociada entre las partes que una impuesta, porque siempre es más fácil cumplir voluntariamente y sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva.

Esta es la opinión que emito como dictamen y someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de julio de 2017.

Fdo. Victoria Cuartero García

Alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados.

BIBLIOGRAFIA

ACEDO PENCO, Angel. «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve Refencia al concepto de consumidor en el derecho Extremeño». Profesor Asociado Derecho Civil Facultad de Derecho de Extremadura.

AGÜERO ORTIZ, ALICI, «El control de transparencia tan sóloes aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales» Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) », *Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (Fecha de publicación: 17 de junio de 2016)*

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea), Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALCALA DIAZ, M.A., “La protección del dudor hipotecario, Le 1/2013 de 14 de mayo, e medias para reforzar la protección del deudor hipotecario, reestructuración de la duda y alquiere cocial. Navarra. Thomson Reuters. Aranzadi, 2013

BARRAL VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *op. cit.*

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacendedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo LV (2015).

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», Revista de Derecho Civil (2015), núm. 3, julio-septiembre, disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, 22 de mayo.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>.

DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2.

GOMARA HERNANDEZ, J.L., “Clausulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», InDret (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», InDret (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», Diario La Ley (2013), núm. 8154, 23 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», Diario La Ley (2015), núm. 8547, 26 de mayo.

SÁENZ DE JURA HIGUERO, Beatriz, «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores. Control de transparencia vs Buena Fe». Profesora adjunta de Derecho Civil Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», Diario La Ley (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (2015), núm. 748, marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.



Universidad
Zaragoza

1542

TRABAJO FIN DE MASTER

**Dictamen jurídico en respuesta a consulta formulada sobre la acción a ejercitar
tras desestimar la entidad financiera acuerdo extrajudicial conforme al RDL
1/2017 por considerar a los prestatarios no consumidores**

Autora

Victoria Cuartero García

Directora

María Martínez

Facultad de Derecho

2016

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	3
I. ANTECEDENTE DE HECHOS	4
II. CUESTIÓNES PLANTEADAS	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	7
1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO	7
1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	8
1.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	9
2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL RDL 1/2017	12
2.1. OBJETO Y SUJETO	13
2.2. PROCEDIMIENTO	13
3. LEGITIMACION ACTIVA	14
4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION	16
5. CONDICION DE CONSUMIDOR	19
5.1. DEFINICIÓN	19
5.2. CONDICION CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL	20
A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE	21
B. ANÁLISIS DOCTRINAL	21
C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	25
5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA	27
A. CONTROL INCORPORACIÓN	33
B. CONTROL TRANSPARENCIA	34
6. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	43
ANEXOS	47

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
D.	Don
D ^a	Doña
FJ	Fundamento jurídico
JO	Juicio ordinario
LCD	Ley Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
Núm.	Número
OM	Orden ministerial
RD	Real Decreto
RDL.	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuario
TS	Tribunal Supremo

DICTAMEN que emite Dña. Victoria Cuartero García con fecha de 01 de julio de 2017 a solicitud de mis clientes Don José María y Doña Yolanda.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto de la potencial reclamación es que se declare nula la cláusula suelo-techo de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de febrero de 2006 manteniéndose la vigencia del contrato de préstamo sin la aplicación los límites suelo del 2,50% y del techo del 15% y la restitución de todas las cantidades abonadas en exceso **desde el comienzo**.

Asimismo, dicha pretensión debe extender sus efectos al documento de 15 de octubre de 2013 denominado contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios.

Por todo ello, hacemos un estudio de los documentos tales como la escritura de préstamo hipotecario (Anexo 1) otorgada el día 23 de febrero de 2006 y el contrato de novación (Anexo 2) de la que se deducen los siguientes datos relevantes:

-los prestatarios son de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora.

- El prestamista es la entidad financiera Bantierra.

- El capital prestado ascendió a de 300.000 € siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas, una por cada uno de los matrimonios, en la calle Cuenca de esta ciudad de Zaragoza. Asimismo, señalar que los clientes residen en una de ellas, en concreto la situada en el nº 7 BJ de la C Cuenca, tal y como consta en el poder para pleitos por ellos otorgado y la otra estuvo a disposición del otro matrimonio para su uso y disfrute y el de otro de sus hijos.

-En esta escritura, lo que es la materia propia de los intereses se incluye en la cláusula 3^a, en la que además se fija un tipo de interés para el primer periodo que comprende hasta el día 31 de agosto de 2006 del 2,873 %. Tras ello se establece en la cláusula 3^a bis un tipo de interés variable que se fijó en el Euribor +0,65 puntos. A renglón seguido se indica que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual.

- Por su parte el documento de 15 de octubre de 2013 denominado “contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios” redujo el tipo de interés de la cláusula suelo al 1,50 % nominal anual.

PREVIO.- Que tal como se recogió en la correspondiente hoja de encargo, en fecha 20 de febrero de 2017 el matrimonio formado por Don José María y Doña Yolanda reclamaron mi asesoramiento jurídico y mi dirección letrada con la finalidad de emitir un Dictamen respecto al relato fáctico que será expuesto a continuación:

PRIMERO.- En enero de 2016, mis clientes junto con los padres de Doña Yolanda, los Sres. Don Antonio y Doña Aurora, solicitaron un préstamo hipotecario con Bantierra, para la autopromoción de dos viviendas cuyos fondos se destinarián a la construcción de primera vivienda - Autopromoción, tal y como consta en la Propuesta de Préstamo y que finalmente destinaron a ser vivienda habitual de los primeros y uso y disfrute de los segundos.

SEGUNDO.- En febrero de 2006, se otorgó escritura de préstamo hipotecario, ante el notario D. José-Manuel Enciso Sánchez, en la que los prestatarios fueron de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de la D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora. Siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas por cada uno de los matrimonios en la c/cuenca de esta ciudad de Zaragoza, constando que los mandantes residen en una de ellas.

Tal y como figura en dicha escritura, el importe de la operación ascendía a 300.000 €, pactándose en la cláusula 3^a un plazo de devolución del préstamo de 32 años y el pago de un tipo de interés fijo de un 2,873 % durante los seis primeros meses. A partir de ese momento los clientes abonarían un tipo de interés variable, consistente en adicionar al EURIBOR a un año un diferencial de un 0,65 %.

Tras ello se establece que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual. No se hace en ningún momento mención alguna a la existencia de una cuota mínima o tipo mínimo, salvo la que hemos señalado.

En consecuencia, los clientes no fueron informados ni de la existencia ni de las repercusiones del establecimiento de un tipo mínimo, ni antes ni durante la suscripción de la operación, descubriendo su existencia y funcionamiento mucho tiempo después al comprobar que pese a la notable bajada de tipos de interés a nivel general, su cuota se mantenía constante. Circunstancia que desvirtúa el

carácter variable del interés del préstamo que suscribieron convirtiéndose de facto en préstamo de interés fijo ya que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, convirtiendo el préstamo en un tipo fijo y que solo es variable al alza a partir de un determinado nivel del tipo de referencia

TERCERO.- Ante la circunstancia expuesta con anterioridad en la que mis mandantes se percataron de las consecuencias de haber contratado una cláusula de las denominadas suelo-techo, en octubre de 2013 acudieron a la Entidad para solicitar que se le dejara de aplicar. Si bien lo que se les ofreció fue un contrato de los denominados de novación consistente en una reducción del interés aplicado, constituyéndose un nuevo suelo del 1,50% nominal anual y donde los actores expresamente reconocieron que conocían la existencia de la cláusula suelo-techo, al mismo tiempo que renunciaron expresamente a la acción judicial relativa a la cláusula suelo objeto de dicha novación. Este asunto será tratado más adelante y valoraremos si en ese caso los actores carecen de legitimación activa para solicitar un pronunciamiento judicial que suponga la anulación de lo acordado en ese documento privado y en todo caso si este contrato debería ser nulo.

CUARTO.- El 24 de enero de 2017, D. José M^a y D^a Yolanda, presentaron escrito ante la Sucursal de Bantierra acogiéndose al procedimiento regulado por el vigente RDL 1/2017.

QUINTO.- Uno de los prestatarios, D. Antonio, de profesión albañil (ahora pensionista), no solicitante de este dictamen constituyó en 1996 una sociedad mercantil limitada denominada “Construcciones Serrano, SL”, cuyo objeto social es la construcción de obras y trabajos de albañilería, con una participación del 20%, junto con sus dos hermanos y dos hijos de éstos (uno de ellos hermano de la solicitante, D^a Yolanda),

El objeto social de la mercantil es la construcción de obras y albañilería, no la promoción de viviendas.

SEXTO.- Respecto de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento del préstamo hay que tener en cuenta el documento denominado propuesta de préstamo (Anexo 3), en el cual aparecen como intervenientes los que luego fueron prestatarios, y en el que se fijaron las condiciones del préstamo entre las cuales se encuentra el importe de 300.000 € de capital prestado y el objeto del préstamo que era la autopromoción. Tal circunstancia se repite en la escritura de préstamo hipotecario donde se indica, tras determinar el capital del préstamo, que el mismo se destinaba a la construcción de viviendas.

En vista de los antecedentes relatados, mis mandantes D. José María y D^a Yolanda me solicitan la elaboración de un Dictamen jurídico sobre las alternativas que tienen para accionar contra la entidad financiera Bantierra con quien contrataron el préstamo hipotecario, en ejercicio de la acción de nulidad y la acción de reclamación de cantidad en función de su consideración como consumidores o no, formulándose en concreto las siguientes:

II. CUESTIONES

El presente trabajo tiene como objeto la elaboración, a solicitud de mis mandantes, de un dictamen, sobre cuál debe ser la estrategia procesal a la hora de articular la defensa en este asunto.

A continuación y de forma más exhaustiva, se analizará la procedencia de la reclamación judicial tras haber renunciado expresamente a la acción judicial relativa a la nulidad de la cláusula suelo mediante contrato de novación, tras haberse acogido al procedimiento de reclamación extrajudicial conforme al Real Decreto Ley 1/2017 y haber desestimado la entidad financiera cualquier tipo de acuerdo al considerar a mis mandantes no consumidores. Por todo ello, también se analizará pormenorizadamente la condición de consumidor a través de la Legislación Estatal y Comunitaria, así como el régimen de control de las condiciones generales, particularmente de las cláusulas suelo, en el marco de contratos de préstamo tanto con consumidores como con no consumidores. Todo ello a partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016, donde se marcan la naturaleza del control de transparencia y del principio de buena fe como criterios y límites de las condiciones generales de los contratos. Todo ello de cara a señalar las alternativas de accionar en el caso de que mis mandantes puedan ser considerados consumidores o no consumidores, con el propósito de recuperar las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de las cláusulas suelo.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO.

En primer lugar, y a fin de situar a los destinatarios del dictamen en el asunto en cuestión, debe reseñarse de forma sucinta la evolución normativa y jurisprudencial de las cláusulas suelo y la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones de consumidores y usuarios y a los no consumidores.

1.1. EVOLUCION NORMATIVA

Tanto el legislador estatal como el Comunitario durante todos estos años del boom inmobiliario y su posterior crisis se han preocupado en regular aquellas situaciones afectadas por la contratación en masa que han producido perjuicios al prestatario hipotecario a través de la creación de un marco normativo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto podemos diferenciar dos etapas que toman como punto de inflexión el año 2011. En el periodo anterior a dicha fecha la normativa se centró en conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario”; y en la segunda etapa, que comprende desde esa fecha, se centra más en la protección del deudor hipotecario, reforzando así “la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución Hipotecaria”¹.

Asimismo, en relación al asunto que nos ocupa la normativa promulgada es la siguiente:

- Orden de 12 de diciembre de 1989 reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva CE 93/13).
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).
- Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

¹ Alcalá Díaz, M.A.: la protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 19 y siguientes.

- 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.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de duda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

1.2. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Especial transcendencia tiene en esta materia la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a del TS de 9 mayo 2013, que consolidando la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la S AP Sevilla de 7 octubre 2011 y analizó el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores debido a una falta de transparencia en la inclusión de estas en el contrato. Si bien declaró que los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento, es decir, mayor de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales y finalmente el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia declarando que el consumidor tiene derecho a la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas indebidamente desde la celebración del contrato.

Dicha circunstancia motivó al Gobierno, en previsión de que cientos de consumidores afectados por cláusulas suelo que esperaban a que se pronunciara el TJUE interpusieran demandas judiciales, para habilitar un mecanismo extrajudicial mediante el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017), por el que los afectados pudieran presentar sus reclamaciones a los bancos para recuperar las cantidades cobradas de más.

En otro orden de cosas señalar que hasta ahora la jurisprudencia expuesta defiende los derechos del consumidor, por ello es tan importante el destino del importe del préstamo hipotecario ya que es el que va a definir si la cláusula suelo afecta a un consumidor, empresa o profesional. No obstante, algunos expertos ponen de relieve que **el sistema jurídico español tiene un vacío legal** y “La idea de cuándo se es consumidor es importante y parece que si el préstamo ha ido más destinado al negocio, el afectado no es consumidor”².

Siguiendo esta línea, es conocida la STS número 367 de 3 de junio de 2016 en la que SE sentenciaba contra la demandante, una empresaria que solicitó una hipoteca con cláusula suelo para comprar un local donde instalar una farmacia, dando la razón al banco que logró mantener dicha cláusula en el préstamo al entenderse que esa compraventa quedaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y porque la prestataria con carácter previo fue debidamente informada de su inclusión.

Si bien lo que más nos interesa de esta sentencia es por el voto particular emitido por el magistrado Javier Orduña, quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho porque y quien destacó que “no se puede eliminar con carácter general el control de transparencia para pequeños y medianos empresarios”. Estela que siguen cada vez más Juzgados de Primera Instancia o Mercantiles, como el caso de los de Vitoria, Jaén o las Audiencias Provinciales de Toledo, que dictan a favor de los profesionales considerados no consumidores³.

Asimismo, señalar que aunque el profesional, empresario o autónomo no esté protegido por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sí pueden reclamar por otra vía la

² Carlos Suárez, catedrático emérito de Derecho Civil

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén, de 4 de noviembre de 2016, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de 27 de octubre de 2016, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de octubre de 2016

retroactividad total de las cláusulas suelo dado que al tratarse de condiciones generales de la contratación también se les aplica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Así lo avala la reciente Sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cáceres, declara la nulidad de la cláusula suelo impuesta en el préstamo hipotecario con subrogación, firmado entre LIBERBANK y una empresa de Cáceres, para la adquisición de una nave, no recogiendo las escrituras las condiciones del préstamo hipotecario y no siendo las mismas facilitadas por la Entidad Financiera.

La demandada se opuso alegando que al ser el prestatario una empresa, LIBERBANK la demandante no actuó como consumidora y por lo tanto no puede aplicarse la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la Juzgadora del procedimiento reconoce que si bien no era de aplicación la Ley de Consumidores y Usuarios si es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual es de aplicación tanto a personas físicas como a personas jurídicas, tal como resulta del artículo 2 de la LCGC, según el cual, “la Ley es de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional y por una persona física o jurídica, actuando esta misma en el ámbito de su actividad profesional o empresarial”.

En el Fundamento de Derecho Segundo, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que señala lo siguiente:

“El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial. (...) «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».”.

También se hace mención a lo establecido en el Fundamento Jurídico 201 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que recordó que, “el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir: (...) «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con

consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC -” Señala nuestro Alto Tribunal que los deberes de información que la Entidad Bancaria tiene que cumplir al ser una condición general de la contratación, son los previstos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, así como en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En la Sentencia analizada, se reconoce que una vez analizada la prueba obrante en el procedimiento, la entidad bancaria no ha cumplido los deberes de información necesarios a la cláusula suelo, concluyendo que “dada la falta de información sobre la cláusula suelo y la ausencia de negociación, procede considerar que la misma es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, conforme a la STS de 3 de junio de 2016 anteriormente transcrita, por lo que conforme a la normativa también anteriormente transcrita contenida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, procede declarar la nulidad de la misma, condenar a la demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo suscrito por la demandante, y a recalcular el cuadro de amortización, en los términos interesados en el suplico de la demanda.”

Por último señalar que cada vez son más las sentencias que determinan la inexistencia de claridad en las cláusulas no negociadas en los contratos hipotecarios entre entidades bancarias y empresas mercantiles. En definitiva, en el caso de las empresas, no consumidores, que pretendan la declaración de nulidad de la cláusula suelo presente en sus préstamos hipotecarios, será necesario que planteen una demanda basada en la no superación del control de incorporación de la cláusula suelo y en la imposición de la misma por parte del banco, en contra del principio de buena fe contractual.

2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL CONFORME AL RDL 1/2017: Análisis del procedimiento extrajudicial para la devolución de cláusulas suelo

La Entidad financiera, Bantierra, en oposición a la solicitud de acuerdo extrajudicial de mis clientes expone de contrario la condición de no consumidor de los mismos.

En aras a valorar si es procedente dicha oposición y sus consecuencias, debe examinarse el RDL 1/2017, vigente desde el 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores

en materia de cláusulas suelo y que establece un procedimiento extrajudicial voluntario para el **consumidor** e imperativo de atender por parte de las entidades bancarias.

Esta norma ofrece una vía más rápida, eficaz y gratuita para llegar a un acuerdo que permita la resolución de sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades, si bien a continuación detallo las cuestiones más importantes a tener en cuenta de este nuevo procedimiento extrajudicial.

2.1. OBJETO Y SUJETO

Partimos de que el objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el **consumidor** a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo que se contienen en los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria⁴.

En este sentido quiero recalcar que este procedimiento sólo se aplica en los supuestos en los que el prestatario es un **consumidor**, es decir, una persona física⁵. Por tanto no es aplicable para aquellas personas jurídicas y en consecuencia sería procedente la no estimación por tal motivo.

2.2. PROCEDIEMIENTO

Con objeto de interponer reclamación previa a la interposición de demanda judicial y siguiendo el sistema establecido⁶, mis clientes voluntariamente presentaron escrito ante la Entidad bancaria el día 24 de enero en su entidad bancaria solicitando la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por la aplicación de la cláusula suelo contenida en su préstamo hipotecario.

Asimismo, tal y como está establecido, la entidad de crédito una vez recibida la reclamación comunicó a los reclamantes que la devolución no era procedente motivando su decisión en la condición de no consumidor de los reclamantes.

Esta circunstancia es importante dado que en este caso “al rechazar expresamente la solicitud del consumidor” se da por concluido el procedimiento extrajudicial y da la oportunidad a los

⁴ Artículo 1. Objeto y Art. 2. Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁵ Art. 2.1 y 2.2 Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁶ Artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017

reclamantes de reclamar por vía judicial si lo considera conveniente⁷, sin necesidad de esperar los tres meses estipulados para resolver desde la presentación de la reclamación.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, estando en vigor el RDL 1/2017 se dio cumplimiento al mismo y que por lo tanto habiendo sido denegada la solicitud de acuerdo de los reclamantes, cabe la interposición de acciones judiciales.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La cuestión que se plantea es si en un préstamo hipotecario cualquiera de los deudores solidarios puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, aunque el resto no intervenga en el proceso.

La pluralidad de deudores en un préstamo con garantía hipotecaria es relativamente frecuente. Por una parte, están los casos en los que los deudores son matrimonio, pero por otra, hay situaciones en las que varios deudores contratan un préstamo para comprar una vivienda entre varios o incluso construir sus propias viviendas.

No obstante en este caso se dan dos circunstancias, que mis mandantes son matrimonio entre sí y que a su vez son co-prestarios solidarios con otro matrimonio. Atendiendo a la primera circunstancia el Código Civil prevé expresamente que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes⁸. Si bien el principal dilema a resolver es la existencia de una pluralidad de deudores en un préstamo hipotecario con independencia de su estado de casados, por lo que aplicaremos el régimen previsto para obligaciones mancomunadas y solidarias prevista también en el Código Civil⁹.

Es reiterada la jurisprudencia en este sentido. Entre las sentencias más recientes, nos referimos a la dictada el 17 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Palencia, en el que dos clientes tomaron un préstamo hipotecario para la compra de un local¹⁰.

Uno de ellos, presentó demanda contra el Banco Ceiss, solicitando la eliminación de la cláusula suelo del préstamo, que se había establecido en el 3.50%. El otro deudor no intervino en el proceso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo.

⁷ Art. 3.4 y Art. 3.6 RDL 1/2017

⁸ Artículo 1.385 Código Civil

⁹ Artículo 1137 y siguientes del Código Civil

¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2016

Así que el Banco Ceiss recurrió ante la Audiencia Provincial, alegando “falta de legitimación”, al haber reclamado uno solo de los deudores solidarios.

La sala desestima el recurso y confirma la sentencia de la primera instancia.

Para la Audiencia, uno de los deudores, está haciendo por medio de su reclamación judicial, una actuación que es útil a los demás: Si se consigue eliminar la cláusula suelo, irá en beneficio del resto de deudores solidarios. Y esta legitimación, está expresamente prevista por el artículo 1141 del Código Civil¹¹: Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás pero no lo que les sea perjudicial. Además, el artículo 1143 CC se refiere a “cualquiera de los deudores”¹²: La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998 indica expresamente que:

“Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan ni puedan traer, otros posibles interesados como comandantes.”

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993.

Cualquiera de los comuneros (o en este caso, deudores hipotecarios solidarios) puede comparecer en juicio para ejercitar o defender los derechos que afectan a su comunidad “en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás partícipes sin que les perjudique la adversa o contraria”¹³.

En conclusión, en los casos de préstamos hipotecarios con varios deudores solidarios, sean a su vez matrimonio como es nuestro caso o no, cualquiera de ellos puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, sin que sea la presencia del resto necesaria en el proceso, pues es una acción que redunda en su beneficio y que no le perjudica.

¹¹ Art. 1141 del Código Civil

¹² Art. 1143 CC

¹³ SSTS 18.12.1933, 5.7.1954, 29.12.1967, 24.10.1973, 21.09.1987, 8.02.1994

4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION

Una vez asentado lo anterior, estando nuestros mandantes legitimados y por lo tanto pudiendo ejercer la acción de manera individual, procederemos a valorar la validez de la cláusula estipulada en el préstamo de novación contractual suscrito con posterioridad al préstamo hipotecario, por la que renuncia expresamente a cuantas acciones legales pudieran corresponderle

En primer lugar, en cuanto a los efectos que pudiere tener el documento novatorio firmado únicamente por mis mandantes y fechado el 31.10.2013) y por medio del cual se rebajó la cláusula suelo, la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... En cuanto a la novación hay que partir de un dato fáctico, aunque sólo posea valor indiciario, no definitivo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las siguientes circunstancias:

- Que en 2014 estaba reciente el A.T.S. 6-11-2013, que tuvo que completar la compleja S.T.S. de 9-5.
- Hasta 20-3-2015 el Alto tribunal no concretó las consecuencias efectivas de la precitada STS 9-5-2013.
- Y aún al momento de redactar la demanda se desconocía qué diría al respecto el T.J.U.E. en la cuestión prejudicial a él sometida y relativa a la eficacia de la sentencia de 2013.

En estas condiciones de incertidumbre jurídica no se puede exigir a consumidores que realicen un seguro juicio proyectivo del alcance de sus actos, cuando los profesionales del Derecho no encuentran una decisión clara. No se puede olvidar este contexto social¹⁴, cuando la prestamista ofrece una reducción de una cláusula que –desde un punto de vista abstracto y genérico- es susceptible de ser nula, pero sometida a vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)".

Tras ello la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... Desde este punto de partida, este tribunal ya se ha pronunciado en la valoración jurídica de tales novaciones. Tanto el Auto 77/16, 18-2, como la Sentencia 156/16, 14-3 recogen la siguiente interpretación: "En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional

¹⁴ art.3-1 CC

haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle.

De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-.

Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto...”.

Igualmente se estima de interés reflejar lo indicado en la SAP Zaragoza, Sec 5^a 10.02.2017 en la que con referencia al AAP Zaragoza, Sec 5^a nº 77/2016, de 18 de febrero se indica que: “[...] Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - *quod nullum est nullum producit effectum* -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro):

"...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores..." . 2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. ..."

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

Lo anterior implica que el acuerdo novatorio incluso en el caso en el que suscribirse hubieren sido explicados con detalle en lo que es la operativa de la cláusula suelo no pueden ser tomados en consideración dada la nulidad de la que estaba viciado el documento de origen (y sin ser necesario

por ello entrar en las mismas condiciones de estos documentos y el contraste de lo suscrito con lo que era la posición jurisprudencial ya determinada en ese momento).

5. CONDICION DE CONSUMIDOR

Una vez hemos podido apreciar que los interesados están legitimados y que la renuncia efectuada en el contrato de novación no impide que puedan ejercer sus acciones de forma individual, vamos a proceder a analizar si cumple con la condición de consumidor de cara a determinar la estrategia procesal.

Resolver jurídicamente la consulta planteada nos obliga a realizar unas consideraciones generales y básicas sobre las consecuencias transversales determinantes de la condición de consumidor de los interesados.

5.1. DEFINICION

Partiendo de las circunstancias que rodean este caso, en cuanto a si los demandantes se pueden considerar como consumidores es de señalar que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 23 de febrero de 2006, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello hace que la definición de consumidor vigente en tal momento fuere la que se contenía en el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Según esta norma, lo que determinaba la condición de consumidor era el tratarse de personas que actuaran como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

En el presente caso se considera que la intervención de todos los prestatarios en el préstamo que se analiza fue a título de destinatario final, ya que si bien la escritura puede dejar abierta la cuestión (alude a que el destino de la cantidad prestada fue la construcción de viviendas), no obstante tal documento se estima idóneo integrarlo con la propuesta de préstamo a la demanda en la que se habla de autopromoción, esto es, que el objeto del préstamo es obtener fondos para la construcción de la propia vivienda. Además, no puede confundirse la actividad profesional de Don Antonio como albañil con la de promoción de viviendas cuya actividad es distinta y se centra en la comercialización de las mismas por lo tanto no actuó en el ámbito de su actividad profesional. Asimismo tampoco nos puede confundir que la autopromoción de su propia vivienda y la de su hija fuera construida por la empresa Serrano Madurga, S.L., puesto que debe considerarse normal que sea una empresa conocida y familiar a la que se le encomienda la tarea, todo ello sin ánimo de lucro por los prestatarios. Por último hay que tener en cuenta que los solicitantes vendieron su vivienda anterior para obtener fondos de cara a la adquisición de la nueva y que el matrimonio compuesto por D. Antonio y D^a Aurora hizo uso y disfrute de la misma.

Es por ello que sí se estima que los solicitantes pueden ser considerados consumidores al ser destinatarios finales de las viviendas.

5.2. CONDICION DE CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL

Como consecuencia de los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo, en particular, las SSTS de 2013 y 2015, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, nos queda claro tanto la abusividad de la cláusula suelo para consumidores, - si no supera el doble control de inclusión y transparencia- , como la procedencia de reclamar las cantidades indebidamente satisfechas a las entidades financieras por aplicación de la misma desde la formalización del préstamo. Sin embargo, en el caso en el que finalmente determinemos que la condición es de no consumidor, porque los prestatarios actúen dentro de su actividad profesional o mercantil, vamos a cuestionar si podrían reclamar judicialmente la inaplicación de dicha cláusula y por ende, la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la misma.

A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE

Para ofrecer una respuesta conforme con el Ordenamiento jurídico, debe acudirse a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC).

La referida Ley en su Exposición de Motivos indica que «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 y empresarios». Por lo tanto, la cláusula suelo debe considerarse como condición general de la contratación y el prestatario, adherente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

B. DOCTRINA

A priori podemos tener una percepción del injusto trato que se le da a los profesionales, y pequeños empresarios o PYMES que han constituido préstamos hipotecarios que contienen cláusulas suelo, porque por su condición no se encuentran bajo el paraguas protector de ley General de Consumidores y Usuarios y tienen que formular sus reclamaciones en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), donde se encuentra regulada la abusividad de este tipo de cláusulas. Y es que además parece lógico pensar que si el Tribunal Supremo ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, tales como los swaps y participaciones preferentes, a través de la apreciación del error vicio del consentimiento y donde la determinación de la nulidad del contrato tuvo lugar sin diferenciar si la condición del adquirente del producto financiero complejo fuera consumidor o no consumidor y así lo ampararon algunas resoluciones tales como las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, 20 de noviembre de 2015, 9 de diciembre de 2015, 3 y 4 de febrero de 2016, 11 de marzo de 2016, 8 de abril de 2016, 14 y 20 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016 y 5 y 7 de octubre de 2016. También se pudiera hacer extensiva a la contratación de otros productos financieros con cláusulas- condiciones generales. Si bien esta sería una solución deseable para el asunto que nos ocupa, aún no se ha producido y por lo tanto aquellos casos en los que el adherente no es un consumidor deben ser abordados de diferente manera.

Por todo ello es tan importante discernir cuando se ostenta la condición legal de consumidor y más aún en el caso de los profesionales y empresarios ya que se puede dar la paradoja de que si una persona ejerciendo bien su labor como profesional, o bien explotando un pequeño negocio a través

de una sociedad de responsabilidad limitada contrata un préstamo fuera del ámbito en que desarrolla su actividad dichas cláusulas pueden ser objeto de denuncia por incumplimiento del doble filtro de control de transparencia, que permite llegar al control del contenido y por el contrario, si el mismo, lo hace como consecuencia de su actividad profesional no, cuando en ambos casos es la misma persona la que contrata, dispone de los mismos conocimientos, capacidad de negociación y se le ha proporcionado la misma información.

Es más incoherente aún si cabe, tal y como mantiene nuestra doctrina más autorizada¹⁵, si tenemos en cuenta que en ambos supuestos se ha incumplido de forma clara lo dispuesto en el artículo 7,1-b LGC que señala que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales “que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” y más aun sabiendo que estas pueden darse tanto entre empresarios (B2B) como entre empresarios y consumidores (B2C).

Asimismo, nos haremos eco tanto de los estudios de la Catedrática Doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y la profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Inmaculada Barral Viñals, como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

Y es que, la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia⁽³⁾ apunta a que “mientras no se modifique nuestra legislación o no cambie su línea de pronunciamiento el Tribunal Supremo, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial”. Por lo tanto, todos estos sujetos deberían someterse en cuanto actúan en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación al control de incorporación y de transparencia contenido en los artículos 5, 7, 8.1 y 9 LCGC así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (*ex art. 1258 CC*)¹⁶.

¹⁵ BARRAL VIÑALS, I, "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios". *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2015.

¹⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), núm. 748, marzo.

Y añade... "En este sentido, la falta de transparencia de la cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, a tenor del artículo 217 LEC. Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa"¹⁷.

En opinión de la citada profesora, que compartimos, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentran en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 de la LCGC de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (ex art. 5.5 LCGC) y/o (2) por vicio de consentimiento (ex art. 1271 CC).

Y no solamente encuentran, tanto consumidores, como empresas, amparo legal necesario para solicitar judicialmente la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, al amparo

¹⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.

del artículo 5.5. de la LCGC, sino al amparo del artículo 7,1-b de la LCGC, tal y como afirman las profesoras Sánchez Ruiz de Valdivia y Barral Viñals. En este sentido, y tal y como ha afirmado Sánchez Ruiz de Valdivia, "Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos 5 y 7 de la LCGC.

Y es que, los empresarios en calidad de adherentes en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir a lo estipulado en los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC y, supletoriamente del Código Civil.

Asimismo, la falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (ex artículos 7 y art. 1258 CC) por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 y art. 6.2 CC) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticiamente. Además, y en calidad de usuarios de servicios bancarios creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la Ley 47/2007.

Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas» y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, carecen de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)".

C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, aunque no resulta un procedimiento tan habitual y exitoso como la nulidad de cláusulas suelo en consumidores, al no serles de aplicación a los empresarios el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, son cada vez más numerosas las sentencias que han venido estimando las pretensiones de nulidad de cláusulas suelo de profesionales y empresarios que actuando en el ámbito de su actuación empresarial concertaron préstamos con garantía hipotecaria (1). (1)SAP Toledo 18-10-2016; SJPI7 de Vitoria-Gasteiz de 27-10-2016, SJPI6 de Jaén de 4-11-2016, SJMercantil de Murcia de 17-10-2016, entre las más recientes.

En este sentido, la base para poder reclamar la nulidad de la cláusula suelo consiste en evidenciar que el adherente no tuvo oportunidad de negociarla y que sus condiciones fueron impuestas por la entidad financiera. Es decir, dado que los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores – entre los que se halla el control cualificado de transparencia- no son aplicables a la contratación con profesionales, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 3 de junio de 2016 y 30 de enero de 2017, debe recurrirse a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en este tipo de negocios jurídicos.

En definitiva, la nulidad o no de la citada cláusula debe analizarse teniendo en cuenta como parámetro de interpretación la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código civil y del artículo 57 del CCom.

Asimismo, en virtud de los mencionados artículos debe entenderse que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales de la contratación que supongan “un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente¹⁸.

¹⁸ AGÚERO ORTIZ, ALICIA, El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) *Alicia Agüero Ortiz*

En definitiva, el control de inclusión exige que se facilite información sobre las cláusulas suelo, y que éstas se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez¹⁹, sin ser en ningún caso ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles²⁰.

En este sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Jaén de 4 de noviembre de 2016, estableció que la cláusula suelo no superaba el control de inclusión porque «no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para, de forma poco clara, expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aun cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.»

Este control de inclusión hay que analizarlo sobre la base del principio de la buena fe, principio capaz de excluir toda cláusula del contrato que suponga un desequilibrio de la posición contractual del adherente. En este sentido, puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de la cláusula que perjudican al adherente.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha señalado que, para que una cláusula se considere negociada, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación (STS de 29-04-2015).

También la Audiencia Provincial de la Rioja, se pronunció a este respecto, estableciendo que «una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual».

Ahora bien, en lo que a empresarios adherentes se refiere, la reciente STS de 30 de enero de 2017, señala que al tener el adherente la condición de no consumidor, operarán las reglas generales de la carga de la prueba, y por tanto será el prestatario el que deba acreditar lo que alega, es decir, la inexistencia o deficiencia de la información recibida de la entidad bancaria, e indicar en su caso las

¹⁹ Art. 5.5 LGC Requisitos de incorporación LCGC

²⁰ Art. 7 No incorporación LCGC

circunstancias personales que pudieron influir en la posibilidad de negociación y la medida en que la cláusula fue impuesta unilateralmente y por ende de forma abusiva.

En definitiva, sólo se puede declarar judicialmente la nulidad de la cláusula abusiva una vez acreditado, conforme a lo anteriormente expuesto, que ésta no cumple con el control de incorporación respecto a las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones.

Por último señalar, respecto al control de transparencia cualificado que aunque no se aplica actualmente a los no consumidores, no hay que perder de vista el voto particular, emitido por el magistrado Javier Orduña expuesto con anterioridad quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho y por tanto la protección del control de transparencia debe extenderse también a la contratación con profesionales y empresarios.

En cualquier caso, actualmente, existe una vía judicial con argumentos suficientes para declarar la nulidad de una cláusula suelo cuando quien contrata el préstamo hipotecario no es considerado consumidor. Si bien, deberán estar correctamente asesorados y cuidar de –en palabras del Alto Tribunal– acreditar que se trató de una estipulación sorprendente que desnaturalizó el contrato y frustró sus legítimas expectativas, así como indicar, ya desde la demanda, cuáles son las concretas circunstancias concurrentes que pudieron haber influido en la negociación y en qué medida le fue dicha cláusula abusivamente impuesta.

5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Partiendo del doble control al que somete las cláusulas suelo el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 241/2013, Sala Civil, de fecha 9 de mayo de 2013, debemos determinar su licitud condicionándolas a que se observen una especial transparencia exigible en aquellas cláusulas no negociadas individualmente, que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. Es decir que para que lo sean, su transparencia ha de permitir al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparo de riesgos, transparencia para la que fija un doble control:

- a) El de inclusión o incorporación, relativo a su claridad gramatical, aplicable tanto a contrataos en que son parte consumidores como a los que no lo son, y que deriva de los arts. 5 y 7 de la de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que

veda las condiciones generales cuya redacción no se ajuste a los principios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”²¹, y aquellas en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”²².

- b) El de transparencia o de transparencia reforzada, de creación netamente jurisprudencial, y analizado extensamente por la STS de 9 de mayo de 2013, y aclarado por Auto del mismo Tribunal de 3/6/2013, es aplicable a contratos en que son parte los consumidores y que viene impuesto por la necesidad de que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuesto o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” y que implica «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado» (FJ 12º).

Tras las precisiones anteriores, y en cuanto a la concreta cláusula objeto de análisis, y sin estimarse necesario entrar en el estudio fundamentado en la doctrina del error, es de señalar que legalmente existe un doble control respecto a las cláusulas abusivas.

-El primero corresponde a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores y el segundo al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Éste segundo tipo de control es de señalar que no es tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

De cara a la operatividad de estas facultades de control, cuando se trata de cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la

²¹ Art. 5.5 LCGC

²² Art. 7 LCGC

Directiva 93/13 pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato” y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

En cuanto al primer control de inclusión que se lleva a cabo por medio de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (que si puede afectar a los elementos esenciales definidores del contrato como una cláusula delimitadora de los intereses operativos como la aquí contemplada), de la lectura del artículo 5 de la misma pueden determinarse los siguientes requisitos para su válida incorporación en un contrato: aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes, que el contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas, que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación, que el predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas, que la redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En lo que es este último requisito de la transparencia, la STS 11.04.2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por su parte la STS 9.05.2013 alude a un doble control de transparencia, y que abarca:

- a) El cumplimiento de los requisitos de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical.
- b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Ello significa que el adherente ha de conocer o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Este segundo control hace preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Asimismo, como indica la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017: "... para analizar la cuestión litigiosa es preciso partir de las pautas que recoge la S.T.S. 9-5-2013. Es decir, si estamos ante una redacción ilegible, ambigua, oscura e incomprensible para un consumidor, de forma que tenga la posibilidad real de conocer su alcance. Es decir, que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" como la "jurídica" que la cláusula lleva consigo. Que perciba o pueda percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, para lo cual, no puede estar enmascarada entre información abrumadora que dificulte su identificación (A.40/2015, de 23-1, de esta sección 5^a) Más concretamente, la citada S.T.S. 9-5-2013 concluía: "223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el

BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Tras ello continúa indicando la antes mencionada SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 que: "... A fin de valorar estos elementos (claridad y transparencia), será preciso tener en cuenta todas las circunstancias concretas que rodean el negocio jurídico en cuestión. Así lo expone el Alto Tribunal:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art.4,1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"(en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[el] carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.".

Finalmente la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 refleja lo indicado en la SAP. Barcelona, Sec 15^a 2.07.2015 que señala que: "Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo... En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado".

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, se puede concluir que éstas se caracterizan por los siguientes rasgos: Son estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. No han sido consentidas expresamente por el consumidor. Contravienen las exigencias de la buena fe, se estipulan en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A lo anterior cabe añadir que del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Este viene determinado por la negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva.

A. CONTROL DE INCORPORACIÓN

En el concreto caso aquí planteado y en lo que es el control de incorporación, en el caso concreto de las cláusulas suelo, se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica. Esta estuvo constituida por la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios -aplicable en un primer momento a los préstamos de cuantía inferior a 25.000.000 pts. (150.253,03 €) y posteriormente también a todos los préstamos de cuantía superior que recaigan sobre una vivienda en virtud de la reforma del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. La Orden de 5 de mayo de 1994, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante.

Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Con la regulación antes reseñada se trata de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo la entrega de toda una documentación previa en la que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

En el concreto caso aquí planteado la cláusula sometida a consideración se estima que supera el control de incorporación pues es comprensible (indica que el interés calculado según el tipo variable nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual).

B. CONTROL DE TRANSPARENCIA

En lo que es el control de transparencia exige que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que supone el contrato, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo.

Asimismo se estima necesario poner de manifiesto que en procedimientos como el presente se debe proceder al análisis concreto de las circunstancias concurrentes en cada caso específico, considerando que ello es lo que se deriva de la STS 9.03.2017 en la que se dispone que: “Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato.

Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo

económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

En una posible acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”.

De esta sentencia se estima que cabe deducir que hay que estar al acervo probatorio del caso concreto y que incluso puede comportar que si la negociación de la concreta cláusula resulta probada, incluso eso conlleva que no puede ser tratada como una condición general.

Es a la vista de lo expuesto que se estima necesario en este caso proceder a las concretas circunstancias y de las que en primer caso cabe derivar que la cláusula objeto de impugnación si debe ser tratada como condición general de la contratación al no constar una negociación individualizada.

En este caso la cláusula de limitación del tipo de interés aparece tras el lugar en el cual se fija el importe del tipo variable con el Euribor más el diferencial correspondiente lo que hace que sea más fácilmente identificable, si bien no aparece de forma separada y de hecho aparece integrada en una cláusula dedicada a los intereses que abarca 6 páginas insertándose dentro de las mismas.

No obstante esta ausencia de constancia separada de la cláusula limitativa del tipo de interés, en este caso se cuenta con un documento previo en el que se recogen los elementos de la operación con apartados diferenciados para conceptos como capital, intereses ordinarios, interés mínimo y máximo. Tal documento es el ya referido de propuesta de préstamo fechada el 2.02.2006 (la escritura se otorgó el 23.02.2016) y en él se indica que el importe del préstamo es de 300.000 € señalando que el tipo operativo es el del Euríbor+0,65 puntos con un mínimo del 2,5% y máximo del 15%.

Sin embargo, este documento y el detalle del mismo, se estima que, dado el carácter solidario de la obligación de todos los prestatarios, para que el mismo pudiere ser tomado en consideración de cara a entender que los prestatarios eran conscientes de la carga económica del contrato (y con ello reunirse el requisito de transparencia), debería el mismo haber sido firmado por los cuatro

prestatarios al estar todos ellos afectados de igual manera por el préstamo (por el carácter solidario de su responsabilidad y que justifica que sean dos de ellos quienes requieran de este dictamen).

Ello hace que en virtud de las concretas circunstancias del caso no se debe estimar que el préstamo objeto de dictamen supere el filtro de la transparencia, lo que hace que se deba declarar su nulidad.

6. CONCLUSIONES

PRIMERO.- El eje fundamental del presente dictamen radica en determinar si mis clientes al tiempo de suscribir el contrato que constituye el objeto del presente dictamen, actuaron o no como consumidores, y una vez determinada tal condición procederá analizar el contenido y alcance de la clausura cuya nulidad se pretende instar.

SEGUNDO.- Que los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse acerca del concepto o criterio a seguir para determinar cuando una persona debe ser calificada, a efectos de aplicación de normativa específica, como consumidor o no y así se ha expuesto anteriormente. Pero en definitiva, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren bienes, servicios o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden.

No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquiera, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Es decir, el énfasis para distinguir la calificación de consumidor se halla en si la persona es el destinatario final del bien o servicio. En consecuencia, han quedado excluidos los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, ya fuera empresario individual o autónomo o sociedad, contrariamente al criterio de extensión de la protección al profesional seguido en la legislación sobre las condiciones generales de la contratación, que protege tanto a los consumidores como a los empresarios y profesionales cuando contraten entre sí.

En el caso que nos ocupa no existe cuestión de la profesión de uno de los prestatarios, albañil, pero tampoco debe existir cuestión de los hechos objetivos que se han expuesto, cuales son, en primer lugar, la fecha de la escritura, el objeto de la misma – autopromoción de vivienda habitual.

Es un hecho que dicha construcción ha sido destinada a ser vivienda habitual de mis clientes y de uso y disfrute del otro matrimonio prestatario.

A la vista de los anteriores hechos deberemos concluir que queda desvirtuada la argumentación de la entidad bancaria en el sentido de considerar que no son consumidores los prestatarios, a la fecha de la firma del contrato de préstamo y el destino a dar a la entidad obtenida para su financiación no era empresarial o societarios, sino personal y particular, pues a dicha fecha ni la mercantil estaba

constituida, ni se acredita que se haya destinado la construcción a otro uso que no haya sido el personal particular y habitual de los prestatarios.

Lo demás puede ser considerado conjeturas y manifestaciones de la entidad financiera que no sirven de fundamento para dudar y/o negar de la condición de consumidores de los prestatarios al tiempo de suscribir el contrato que debe ser objeto de análisis.

TERCERO.- De conformidad con lo resuelto en el apartado anterior, ha de señalarse que los prestatarios deben tener, en el contrato litigioso, la condición de consumidores que ha suscrito un préstamo con un profesional, concretamente, con una entidad bancaria en el desarrollo de su actividad. Asimismo, de los hechos expuestos concluyo que la cláusula enjuiciada no ha sido negociada individualmente por los prestatarios, sino que se trata de una cláusula predisposta por la entidad bancaria.

En este sentido, debe recordarse que corresponde a la entidad financiera la carga de acreditar que una cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. Así lo indica expresamente el art. 82.2 del RDLeg 1/2007, lo proclama la citada STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 16 de enero de 2014, que recuerda que el art. 3 apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 establece que si un profesional afirma que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, sumirá plenamente la carga de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, de los hechos expuestos no puede demostrarse que la cláusula litigiosa fuese objeto de negociación individualizada con la entidad bancaria, , pues no ha quedado demostrado que los prestatarios pudieran influir en su contenido, limitándose a decidir si la aceptaba o no, circunstancia que la STS de 9 de mayo de 2013 apunta.

En definitiva, ha quedado demostrado que la cláusula objeto de examen es una cláusula predisposta por la entidad bancaria en un contrato celebrado con mis clientes y que dicha forma de contratación conlleva la consideración de la cláusula en cuestión como una condición general de la contratación.

CUARTO.- Pues bien, aplicando los criterios expuestos al caso que nos ocupa, debe examinarse si la cláusula puede salvar el test de transparencia en los términos que recoge el TS, todo ello respecto al momento de la suscripción del préstamo hipotecario.

En primer lugar, no consta ningún tipo de información previa a la contratación que fuera facilitada por el banco para que conociera la existencia de la cláusula. En segundo lugar, en la hipoteca, la cláusula no ofrece información suficientemente clara ni sobre la propia existencia de la limitación en cuanto al suelo y techo, ni sobre el hecho de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin ser informado del tipo máximo y mínimo que se le iban a aplicar. Tampoco se le ofrecieron escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la aparición del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo la que pudiera contratarse la cobertura. No consta que con anterioridad a la firma de la escritura pública se informara de manera clara y transparente sobre la transcendencia económica de la cláusula suelo , sin que esa ausencia de información tampoco pueda considerarse subsanada en el momento de la firma, etc.

En este sentido debe recordarse que la STS de 9/5/2013 declara que “no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un préstamo con interés variable, se recoge cuál es el diferencial aplicable y, pese a incluirse a continuación la licitación de ese tipo de interés, se omite toda información al respecto porque mis mandantes no tuvieron conocimiento de las condiciones de la hipoteca que suscribía, todo ello instancia de la parte demandada que le debía proporcionar la correspondiente información.

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniere el Notario y procediera a la lectura de la escritura pública, puesto que tal lectura lo que colma es el requisito de incorporación al contrato de esa cláusula, pero es insuficiente para atender el de transparencia en los parámetros antes expuestos pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que los prestatarios llegasen a alcanzar la compresión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué suponía esa cláusula durante el tipo de duración del préstamo hipotecario.

En definitiva, en el presente supuesto se considera que la cláusula denunciada no supera ese control de transparencia por falta de información suficiente clara de que se refería a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incide o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que la redacción de la misma en la hipoteca no permitía a los prestatarios alcanzar el verdadero contenido de dicha cláusula en cuanto al establecimiento de un suelo en el interés variable. Y ello pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamos a interés variable, pues para el consumidor

se convirtió en un préstamo a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito, situación que genera la ausencia total de la actuación llevada a cabo por la entidad demandada para acreditarse la forma de negociación y suscripción del préstamo hipotecario, valorándose, únicamente, lo declarado por los prestatarios.

QUINTO.- El segundo momento en que se sitúa la controversia entre las partes debe ser por el documento de novación 31 de octubre de 2013 suscrito sólo por mis mandantes y no por el resto de los prestatarios. En virtud de dicha novación, aceptaron la modificación del tipo mínimo de interés para toda la vida del préstamo, manifestando entenderlo novado y renunciando expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción con causa en el clausulado del préstamo, así como por las liquidaciones y pagos efectuados del préstamo hasta la fecha, con la renuncia a empresasder acciones frente a la entidad, ni por la cláusula, ni por los pagos efectuados con base a la misma. Documento que terminó con mención manuscrita por los clientes de “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en concreto de un techo del 15% y un suelo del 1,0%. Además, he sido advertido por la entidad prestamista de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiara de descensos de tipo de interés de referencia por debajo del mínimo pactado, esto es del 1,50%”.

En base a dicho documento, hemos cuestionado la inexistencia de acción de los prestatarios, pero la valoración debe hacerse al respecto de ser en el sentido de que la actora fue consciente de lo que firmaba en cuanto a la realidad de la rebaja del tipo mínimo de interés y su aplicación, a partir de ese momento del préstamo hipotecario, siendo consciente y conocedor de ello, dando validez a los pagos ya realizados con aplicación del tipo de interés mínimo vigente hasta ese momento y con renuncia a la reclamación judicial, pues no habría duda de que conocía y entendió la información proporcionada por la entidad bancaria. Conclusión a la que nos oponemos en cuanto a que la aceptación de la novación vendría condicionada por la nulidad de la cláusula suelo desde el préstamo hipotecario, en cuanto a que no fue informada de su existencia, contenido y efectos, por lo que toda actuación posterior estaría viciada, impidiendo que la novación de 2013 generara efectos y que debe resolverse en los términos expuestos anteriormente mediante Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de febrero de 2016.

Dicha doctrina se considera que debe aplicarse en cuanto a las conclusiones que obtienes respecto de la inadmisión de la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de lo que es nulo ningún efecto produce, que debe ponerse en relación al resultado ya obtenido respecto de la valoración del préstamo hipotecario en que la parte prestataria basaría su acción de nulidad, por la limitación de la libertad contractual y por propia psicología del cliente que manifestó la actora en cuanto a su petición de que se dejara sin efecto la totalidad de la cláusula suelo, aceptando la rebaja ante la única oferta que recibió de la demanda.

De conformidad con lo expuesto, ha de señalarse como conclusión que la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, en los términos en que se firmó la novación de octubre de 2013, no debe generar efectos en el sentido alegado por la demandada, con la consecuencia de que la valoración sobre la cláusula suelo que se aplicaba por la entidad bancaria a los prestatarios debe ser conforme al préstamo hipotecario, la cual ya se ha concluido que debe ser nula por el incumplimiento del requisito de transparencia que debió observarse en su formalización y comprensión por la parte actora que actuaba con la condición de consumiría al aceptar la novación de su préstamo hipotecario.

SEXTO.- Atendiendo a los intereses de los prestatarios que represento, y observando el posicionamiento que están adoptando todos los Juzgados a raíz de las SSTS de 2013 y 2015 y la reciente Sentencia del TJUE de diciembre de 2016, la alternativa más beneficiosa una vez fracasado el intento del acuerdo extrajudicial previsto en el RDL 1/2017 es la interposición de una demanda judicial, en su condición de consumidor, en ejercicio de las acciones de nulidad de la cláusula suelo-techo y la acción de reclamación de cantidad por los importes abonados de más en concepto de interes.

SÉPTIMO.- Si bien no hay que descartar acudir a la vía, o bien del acuerdo transaccional o bien a la vía de la mediación, en la cual las partes libremente y auxiliadas por un tercero imparcial podrían llegar a un acuerdo acercando posturas y estructurando libremente el desarrollo del proceso, generando una situación de confianza y acercamiento en la que si termina con acuerdo, siempre será mejor cumplir con el acuerdo llegado de forma negociada que una solución impuesta por la autoridad. Siempre respetando los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad.

La postura que ofrecería esta parte en el proceso de negociación sería considerar nulas la cláusula suelo solamente por su parte del préstamo, de tal forma que la entidad no tendrá que indemnizar a los demás prestatarios. Si la mediación termina con avenencia, probablemente muy similar a la del

Juzgado de Primera Instancia, adquirirá fuerza ejecutiva y en caso de incumplimiento por una de las partes, podrá solicitarse su ejecución en el Juzgado que corresponda, pero hay que recordar que siempre es mejor una solución negociada entre las partes que una impuesta, porque siempre es más fácil cumplir voluntariamente y sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva.

Esta es la opinión que emito como dictamen y someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de julio de 2017.

Fdo. Victoria Cuartero García

Alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados.

BIBLIOGRAFIA

ACEDO PENCO, Angel. «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve Refencia al concepto de consumidor en el derecho Extremeño». Profesor Asociado Derecho Civil Facultad de Derecho de Extremadura.

AGÜERO ORTIZ, ALICI, «El control de transparencia tan sóloes aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales» Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) », *Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (Fecha de publicación: 17 de junio de 2016)*

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea), Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALCALA DIAZ, M.A., “La protección del dudor hipotecario, Le 1/2013 de 14 de mayo, e medias para reforzar la protección del deudor hipotecario, reestructuración de la duda y alquiere cocial. Navarra. Thomson Reuters. Aranzadi, 2013

BARRAL VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *op. cit.*

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacendedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo LV (2015).

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», Revista de Derecho Civil (2015), núm. 3, julio-septiembre, disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, 22 de mayo.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>.

DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2.

GOMARA HERNANDEZ, J.L., “Clausulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», InDret (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», InDret (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», Diario La Ley (2013), núm. 8154, 23 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», Diario La Ley (2015), núm. 8547, 26 de mayo.

SÁENZ DE JURA HIGUERO, Beatriz, «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores. Control de transparencia vs Buena Fe». Profesora adjunta de Derecho Civil Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», Diario La Ley (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (2015), núm. 748, marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.



Universidad
Zaragoza

1542

TRABAJO FIN DE MASTER

**Dictamen jurídico en respuesta a consulta formulada sobre la acción a ejercitar
tras desestimar la entidad financiera acuerdo extrajudicial conforme al RDL
1/2017 por considerar a los prestatarios no consumidores**

Autora

Victoria Cuartero García

Directora

María Martínez

Facultad de Derecho

2016

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	3
I. ANTECEDENTE DE HECHOS	4
II. CUESTIÓNES PLANTEADAS	7
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	7
1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO	7
1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	8
1.2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	9
2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL RDL 1/2017	12
2.1. OBJETO Y SUJETO	13
2.2. PROCEDIMIENTO	13
3. LEGITIMACION ACTIVA	14
4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION	16
5. CONDICION DE CONSUMIDOR	19
5.1. DEFINICIÓN	19
5.2. CONDICION CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL	20
A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE	21
B. ANÁLISIS DOCTRINAL	21
C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	25
5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA	27
A. CONTROL INCORPORACIÓN	33
B. CONTROL TRANSPARENCIA	34
6. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	43
ANEXOS	47

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
D.	Don
D ^a	Doña
FJ	Fundamento jurídico
JO	Juicio ordinario
LCD	Ley Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
Núm.	Número
OM	Orden ministerial
RD	Real Decreto
RDL.	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuario
TS	Tribunal Supremo

DICTAMEN que emite Dña. Victoria Cuartero García con fecha de 01 de julio de 2017 a solicitud de mis clientes Don José María y Doña Yolanda.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El objeto de la potencial reclamación es que se declare nula la cláusula suelo-techo de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de febrero de 2006 manteniéndose la vigencia del contrato de préstamo sin la aplicación los límites suelo del 2,50% y del techo del 15% y la restitución de todas las cantidades abonadas en exceso **desde el comienzo**.

Asimismo, dicha pretensión debe extender sus efectos al documento de 15 de octubre de 2013 denominado contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios.

Por todo ello, hacemos un estudio de los documentos tales como la escritura de préstamo hipotecario (Anexo 1) otorgada el día 23 de febrero de 2006 y el contrato de novación (Anexo 2) de la que se deducen los siguientes datos relevantes:

-los prestatarios son de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora.

- El prestamista es la entidad financiera Bantierra.

- El capital prestado ascendió a de 300.000 € siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas, una por cada uno de los matrimonios, en la calle Cuenca de esta ciudad de Zaragoza. Asimismo, señalar que los clientes residen en una de ellas, en concreto la situada en el nº 7 BJ de la C Cuenca, tal y como consta en el poder para pleitos por ellos otorgado y la otra estuvo a disposición del otro matrimonio para su uso y disfrute y el de otro de sus hijos.

-En esta escritura, lo que es la materia propia de los intereses se incluye en la cláusula 3^a, en la que además se fija un tipo de interés para el primer periodo que comprende hasta el día 31 de agosto de 2006 del 2,873 %. Tras ello se establece en la cláusula 3^a bis un tipo de interés variable que se fijó en el Euribor +0,65 puntos. A renglón seguido se indica que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual.

- Por su parte el documento de 15 de octubre de 2013 denominado “contrato de novación: modificación de topes de interés en préstamos hipotecarios” redujo el tipo de interés de la cláusula suelo al 1,50 % nominal anual.

PREVIO.- Que tal como se recogió en la correspondiente hoja de encargo, en fecha 20 de febrero de 2017 el matrimonio formado por Don José María y Doña Yolanda reclamaron mi asesoramiento jurídico y mi dirección letrada con la finalidad de emitir un Dictamen respecto al relato fáctico que será expuesto a continuación:

PRIMERO.- En enero de 2016, mis clientes junto con los padres de Doña Yolanda, los Sres. Don Antonio y Doña Aurora, solicitaron un préstamo hipotecario con Bantierra, para la autopromoción de dos viviendas cuyos fondos se destinarián a la construcción de primera vivienda - Autopromoción, tal y como consta en la Propuesta de Préstamo y que finalmente destinaron a ser vivienda habitual de los primeros y uso y disfrute de los segundos.

SEGUNDO.- En febrero de 2006, se otorgó escritura de préstamo hipotecario, ante el notario D. José-Manuel Enciso Sánchez, en la que los prestatarios fueron de una parte los cónyuges D. José M^a y D^a Yolanda y los cónyuges (padres de la D^a Yolanda) D. Antonio y D^a Aurora. Siendo la obligación de pago solidaria entre los cuatro prestatarios y estando constituida la garantía hipotecaria por dos viviendas adquiridas por cada uno de los matrimonios en la c/cuenca de esta ciudad de Zaragoza, constando que los mandantes residen en una de ellas.

Tal y como figura en dicha escritura, el importe de la operación ascendía a 300.000 €, pactándose en la cláusula 3^a un plazo de devolución del préstamo de 32 años y el pago de un tipo de interés fijo de un 2,873 % durante los seis primeros meses. A partir de ese momento los clientes abonarían un tipo de interés variable, consistente en adicionar al EURIBOR a un año un diferencial de un 0,65 %.

Tras ello se establece que el interés calculado por este sistema nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual. No se hace en ningún momento mención alguna a la existencia de una cuota mínima o tipo mínimo, salvo la que hemos señalado.

En consecuencia, los clientes no fueron informados ni de la existencia ni de las repercusiones del establecimiento de un tipo mínimo, ni antes ni durante la suscripción de la operación, descubriendo su existencia y funcionamiento mucho tiempo después al comprobar que pese a la notable bajada de tipos de interés a nivel general, su cuota se mantenía constante. Circunstancia que desvirtúa el

carácter variable del interés del préstamo que suscribieron convirtiéndose de facto en préstamo de interés fijo ya que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, convirtiendo el préstamo en un tipo fijo y que solo es variable al alza a partir de un determinado nivel del tipo de referencia

TERCERO.- Ante la circunstancia expuesta con anterioridad en la que mis mandantes se percataron de las consecuencias de haber contratado una cláusula de las denominadas suelo-techo, en octubre de 2013 acudieron a la Entidad para solicitar que se le dejara de aplicar. Si bien lo que se les ofreció fue un contrato de los denominados de novación consistente en una reducción del interés aplicado, constituyéndose un nuevo suelo del 1,50% nominal anual y donde los actores expresamente reconocieron que conocían la existencia de la cláusula suelo-techo, al mismo tiempo que renunciaron expresamente a la acción judicial relativa a la cláusula suelo objeto de dicha novación. Este asunto será tratado más adelante y valoraremos si en ese caso los actores carecen de legitimación activa para solicitar un pronunciamiento judicial que suponga la anulación de lo acordado en ese documento privado y en todo caso si este contrato debería ser nulo.

CUARTO.- El 24 de enero de 2017, D. José M^a y D^a Yolanda, presentaron escrito ante la Sucursal de Bantierra acogiéndose al procedimiento regulado por el vigente RDL 1/2017.

QUINTO.- Uno de los prestatarios, D. Antonio, de profesión albañil (ahora pensionista), no solicitante de este dictamen constituyó en 1996 una sociedad mercantil limitada denominada “Construcciones Serrano, SL”, cuyo objeto social es la construcción de obras y trabajos de albañilería, con una participación del 20%, junto con sus dos hermanos y dos hijos de éstos (uno de ellos hermano de la solicitante, D^a Yolanda),

El objeto social de la mercantil es la construcción de obras y albañilería, no la promoción de viviendas.

SEXTO.- Respecto de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento del préstamo hay que tener en cuenta el documento denominado propuesta de préstamo (Anexo 3), en el cual aparecen como intervenientes los que luego fueron prestatarios, y en el que se fijaron las condiciones del préstamo entre las cuales se encuentra el importe de 300.000 € de capital prestado y el objeto del préstamo que era la autopromoción. Tal circunstancia se repite en la escritura de préstamo hipotecario donde se indica, tras determinar el capital del préstamo, que el mismo se destinaba a la construcción de viviendas.

En vista de los antecedentes relatados, mis mandantes D. José María y D^a Yolanda me solicitan la elaboración de un Dictamen jurídico sobre las alternativas que tienen para accionar contra la entidad financiera Bantierra con quien contrataron el préstamo hipotecario, en ejercicio de la acción de nulidad y la acción de reclamación de cantidad en función de su consideración como consumidores o no, formulándose en concreto las siguientes:

II. CUESTIONES

El presente trabajo tiene como objeto la elaboración, a solicitud de mis mandantes, de un dictamen, sobre cuál debe ser la estrategia procesal a la hora de articular la defensa en este asunto.

A continuación y de forma más exhaustiva, se analizará la procedencia de la reclamación judicial tras haber renunciado expresamente a la acción judicial relativa a la nulidad de la cláusula suelo mediante contrato de novación, tras haberse acogido al procedimiento de reclamación extrajudicial conforme al Real Decreto Ley 1/2017 y haber desestimado la entidad financiera cualquier tipo de acuerdo al considerar a mis mandantes no consumidores. Por todo ello, también se analizará pormenorizadamente la condición de consumidor a través de la Legislación Estatal y Comunitaria, así como el régimen de control de las condiciones generales, particularmente de las cláusulas suelo, en el marco de contratos de préstamo tanto con consumidores como con no consumidores. Todo ello a partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016, donde se marcan la naturaleza del control de transparencia y del principio de buena fe como criterios y límites de las condiciones generales de los contratos. Todo ello de cara a señalar las alternativas de accionar en el caso de que mis mandantes puedan ser considerados consumidores o no consumidores, con el propósito de recuperar las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de las cláusulas suelo.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EVOLUCIÓN CLAUSULAS SUELO.

En primer lugar, y a fin de situar a los destinatarios del dictamen en el asunto en cuestión, debe reseñarse de forma sucinta la evolución normativa y jurisprudencial de las cláusulas suelo y la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones de consumidores y usuarios y a los no consumidores.

1.1. EVOLUCION NORMATIVA

Tanto el legislador estatal como el Comunitario durante todos estos años del boom inmobiliario y su posterior crisis se han preocupado en regular aquellas situaciones afectadas por la contratación en masa que han producido perjuicios al prestatario hipotecario a través de la creación de un marco normativo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto podemos diferenciar dos etapas que toman como punto de inflexión el año 2011. En el periodo anterior a dicha fecha la normativa se centró en conseguir “la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario”; y en la segunda etapa, que comprende desde esa fecha, se centra más en la protección del deudor hipotecario, reforzando así “la transparencia e información para incrementar las vías que eviten la ejecución Hipotecaria”¹.

Asimismo, en relación al asunto que nos ocupa la normativa promulgada es la siguiente:

- Orden de 12 de diciembre de 1989 reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva CE 93/13).
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).
- Ley 2/2001 de 4 de marzo de economía sostenible: Autoriza al gobierno a dictar las normas que garanticen un nivel de protección adecuado para los usuarios de servicios financieros.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

¹ Alcalá Díaz, M.A.: la protección del Deudor Hipotecario. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, p. 19 y siguientes.

- 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.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de duda y alquiler social.
- Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

1.2. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Especial transcendencia tiene en esta materia la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a del TS de 9 mayo 2013, que consolidando la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la S AP Sevilla de 7 octubre 2011 y analizó el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores debido a una falta de transparencia en la inclusión de estas en el contrato. Si bien declaró que los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento, es decir, mayor de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales y finalmente el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia declarando que el consumidor tiene derecho a la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas indebidamente desde la celebración del contrato.

Dicha circunstancia motivó al Gobierno, en previsión de que cientos de consumidores afectados por cláusulas suelo que esperaban a que se pronunciara el TJUE interpusieran demandas judiciales, para habilitar un mecanismo extrajudicial mediante el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017), por el que los afectados pudieran presentar sus reclamaciones a los bancos para recuperar las cantidades cobradas de más.

En otro orden de cosas señalar que hasta ahora la jurisprudencia expuesta defiende los derechos del consumidor, por ello es tan importante el destino del importe del préstamo hipotecario ya que es el que va a definir si la cláusula suelo afecta a un consumidor, empresa o profesional. No obstante, algunos expertos ponen de relieve que **el sistema jurídico español tiene un vacío legal** y “La idea de cuándo se es consumidor es importante y parece que si el préstamo ha ido más destinado al negocio, el afectado no es consumidor”².

Siguiendo esta línea, es conocida la STS número 367 de 3 de junio de 2016 en la que SE sentenciaba contra la demandante, una empresaria que solicitó una hipoteca con cláusula suelo para comprar un local donde instalar una farmacia, dando la razón al banco que logró mantener dicha cláusula en el préstamo al entenderse que esa compraventa quedaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y porque la prestataria con carácter previo fue debidamente informada de su inclusión.

Si bien lo que más nos interesa de esta sentencia es por el voto particular emitido por el magistrado Javier Orduña, quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho porque y quien destacó que “no se puede eliminar con carácter general el control de transparencia para pequeños y medianos empresarios”. Estela que siguen cada vez más Juzgados de Primera Instancia o Mercantiles, como el caso de los de Vitoria, Jaén o las Audiencias Provinciales de Toledo, que dictan a favor de los profesionales considerados no consumidores³.

Asimismo, señalar que aunque el profesional, empresario o autónomo no esté protegido por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sí pueden reclamar por otra vía la

² Carlos Suárez, catedrático emérito de Derecho Civil

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén, de 4 de noviembre de 2016, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de 27 de octubre de 2016, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de octubre de 2016

retroactividad total de las cláusulas suelo dado que al tratarse de condiciones generales de la contratación también se les aplica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Así lo avala la reciente Sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cáceres, declara la nulidad de la cláusula suelo impuesta en el préstamo hipotecario con subrogación, firmado entre LIBERBANK y una empresa de Cáceres, para la adquisición de una nave, no recogiendo las escrituras las condiciones del préstamo hipotecario y no siendo las mismas facilitadas por la Entidad Financiera.

La demandada se opuso alegando que al ser el prestatario una empresa, LIBERBANK la demandante no actuó como consumidora y por lo tanto no puede aplicarse la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la Juzgadora del procedimiento reconoce que si bien no era de aplicación la Ley de Consumidores y Usuarios si es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual es de aplicación tanto a personas físicas como a personas jurídicas, tal como resulta del artículo 2 de la LCGC, según el cual, “la Ley es de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional y por una persona física o jurídica, actuando esta misma en el ámbito de su actividad profesional o empresarial”.

En el Fundamento de Derecho Segundo, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que señala lo siguiente:

“El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial. (...) «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».”.

También se hace mención a lo establecido en el Fundamento Jurídico 201 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que recordó que, “el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir: (...) «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con

consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC -” Señala nuestro Alto Tribunal que los deberes de información que la Entidad Bancaria tiene que cumplir al ser una condición general de la contratación, son los previstos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, así como en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En la Sentencia analizada, se reconoce que una vez analizada la prueba obrante en el procedimiento, la entidad bancaria no ha cumplido los deberes de información necesarios a la cláusula suelo, concluyendo que “dada la falta de información sobre la cláusula suelo y la ausencia de negociación, procede considerar que la misma es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, conforme a la STS de 3 de junio de 2016 anteriormente transcrita, por lo que conforme a la normativa también anteriormente transcrita contenida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, procede declarar la nulidad de la misma, condenar a la demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo suscrito por la demandante, y a recalcular el cuadro de amortización, en los términos interesados en el suplico de la demanda.”

Por último señalar que cada vez son más las sentencias que determinan la inexistencia de claridad en las cláusulas no negociadas en los contratos hipotecarios entre entidades bancarias y empresas mercantiles. En definitiva, en el caso de las empresas, no consumidores, que pretendan la declaración de nulidad de la cláusula suelo presente en sus préstamos hipotecarios, será necesario que planteen una demanda basada en la no superación del control de incorporación de la cláusula suelo y en la imposición de la misma por parte del banco, en contra del principio de buena fe contractual.

2. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL CONFORME AL RDL 1/2017: Análisis del procedimiento extrajudicial para la devolución de cláusulas suelo

La Entidad financiera, Bantierra, en oposición a la solicitud de acuerdo extrajudicial de mis clientes expone de contrario la condición de no consumidor de los mismos.

En aras a valorar si es procedente dicha oposición y sus consecuencias, debe examinarse el RDL 1/2017, vigente desde el 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores

en materia de cláusulas suelo y que establece un procedimiento extrajudicial voluntario para el **consumidor** e imperativo de atender por parte de las entidades bancarias.

Esta norma ofrece una vía más rápida, eficaz y gratuita para llegar a un acuerdo que permita la resolución de sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades, si bien a continuación detallo las cuestiones más importantes a tener en cuenta de este nuevo procedimiento extrajudicial.

2.1. OBJETO Y SUJETO

Partimos de que el objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el **consumidor** a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo que se contienen en los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria⁴.

En este sentido quiero recalcar que este procedimiento sólo se aplica en los supuestos en los que el prestatario es un **consumidor**, es decir, una persona física⁵. Por tanto no es aplicable para aquellas personas jurídicas y en consecuencia sería procedente la no estimación por tal motivo.

2.2. PROCEDIEMIENTO

Con objeto de interponer reclamación previa a la interposición de demanda judicial y siguiendo el sistema establecido⁶, mis clientes voluntariamente presentaron escrito ante la Entidad bancaria el día 24 de enero en su entidad bancaria solicitando la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por la aplicación de la cláusula suelo contenida en su préstamo hipotecario.

Asimismo, tal y como está establecido, la entidad de crédito una vez recibida la reclamación comunicó a los reclamantes que la devolución no era procedente motivando su decisión en la condición de no consumidor de los reclamantes.

Esta circunstancia es importante dado que en este caso “al rechazar expresamente la solicitud del consumidor” se da por concluido el procedimiento extrajudicial y da la oportunidad a los

⁴ Artículo 1. Objeto y Art. 2. Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁵ Art. 2.1 y 2.2 Ámbito aplicación RDL 1/2017

⁶ Artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2017

reclamantes de reclamar por vía judicial si lo considera conveniente⁷, sin necesidad de esperar los tres meses estipulados para resolver desde la presentación de la reclamación.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, estando en vigor el RDL 1/2017 se dio cumplimiento al mismo y que por lo tanto habiendo sido denegada la solicitud de acuerdo de los reclamantes, cabe la interposición de acciones judiciales.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La cuestión que se plantea es si en un préstamo hipotecario cualquiera de los deudores solidarios puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, aunque el resto no intervenga en el proceso.

La pluralidad de deudores en un préstamo con garantía hipotecaria es relativamente frecuente. Por una parte, están los casos en los que los deudores son matrimonio, pero por otra, hay situaciones en las que varios deudores contratan un préstamo para comprar una vivienda entre varios o incluso construir sus propias viviendas.

No obstante en este caso se dan dos circunstancias, que mis mandantes son matrimonio entre sí y que a su vez son co-prestarios solidarios con otro matrimonio. Atendiendo a la primera circunstancia el Código Civil prevé expresamente que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes⁸. Si bien el principal dilema a resolver es la existencia de una pluralidad de deudores en un préstamo hipotecario con independencia de su estado de casados, por lo que aplicaremos el régimen previsto para obligaciones mancomunadas y solidarias prevista también en el Código Civil⁹.

Es reiterada la jurisprudencia en este sentido. Entre las sentencias más recientes, nos referimos a la dictada el 17 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Palencia, en el que dos clientes tomaron un préstamo hipotecario para la compra de un local¹⁰.

Uno de ellos, presentó demanda contra el Banco Ceiss, solicitando la eliminación de la cláusula suelo del préstamo, que se había establecido en el 3.50%. El otro deudor no intervino en el proceso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo.

⁷ Art. 3.4 y Art. 3.6 RDL 1/2017

⁸ Artículo 1.385 Código Civil

⁹ Artículo 1137 y siguientes del Código Civil

¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2016

Así que el Banco Ceiss recurrió ante la Audiencia Provincial, alegando “falta de legitimación”, al haber reclamado uno solo de los deudores solidarios.

La sala desestima el recurso y confirma la sentencia de la primera instancia.

Para la Audiencia, uno de los deudores, está haciendo por medio de su reclamación judicial, una actuación que es útil a los demás: Si se consigue eliminar la cláusula suelo, irá en beneficio del resto de deudores solidarios. Y esta legitimación, está expresamente prevista por el artículo 1141 del Código Civil¹¹: Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás pero no lo que les sea perjudicial. Además, el artículo 1143 CC se refiere a “cualquiera de los deudores”¹²: La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguirán la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998 indica expresamente que:

“Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan ni puedan traer, otros posibles interesados como comandantes.”

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993.

Cualquiera de los comuneros (o en este caso, deudores hipotecarios solidarios) puede comparecer en juicio para ejercitar o defender los derechos que afectan a su comunidad “en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás partícipes sin que les perjudique la adversa o contraria”¹³.

En conclusión, en los casos de préstamos hipotecarios con varios deudores solidarios, sean a su vez matrimonio como es nuestro caso o no, cualquiera de ellos puede reclamar la eliminación de la cláusula suelo, sin que sea la presencia del resto necesaria en el proceso, pues es una acción que redunda en su beneficio y que no le perjudica.

¹¹ Art. 1141 del Código Civil

¹² Art. 1143 CC

¹³ SSTS 18.12.1933, 5.7.1954, 29.12.1967, 24.10.1973, 21.09.1987, 8.02.1994

4. RENUNCIA A LA ACCION EN CONTRATO DE NOVACION

Una vez asentado lo anterior, estando nuestros mandantes legitimados y por lo tanto pudiendo ejercer la acción de manera individual, procederemos a valorar la validez de la cláusula estipulada en el préstamo de novación contractual suscrito con posterioridad al préstamo hipotecario, por la que renuncia expresamente a cuantas acciones legales pudieran corresponderle

En primer lugar, en cuanto a los efectos que pudiere tener el documento novatorio firmado únicamente por mis mandantes y fechado el 31.10.2013) y por medio del cual se rebajó la cláusula suelo, la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... En cuanto a la novación hay que partir de un dato fáctico, aunque sólo posea valor indiciario, no definitivo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las siguientes circunstancias:

- Que en 2014 estaba reciente el A.T.S. 6-11-2013, que tuvo que completar la compleja S.T.S. de 9-5.
- Hasta 20-3-2015 el Alto tribunal no concretó las consecuencias efectivas de la precitada STS 9-5-2013.
- Y aún al momento de redactar la demanda se desconocía qué diría al respecto el T.J.U.E. en la cuestión prejudicial a él sometida y relativa a la eficacia de la sentencia de 2013.

En estas condiciones de incertidumbre jurídica no se puede exigir a consumidores que realicen un seguro juicio proyectivo del alcance de sus actos, cuando los profesionales del Derecho no encuentran una decisión clara. No se puede olvidar este contexto social¹⁴, cuando la prestamista ofrece una reducción de una cláusula que –desde un punto de vista abstracto y genérico- es susceptible de ser nula, pero sometida a vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)".

Tras ello la SAP Zaragoza, Sec 5^a 19.01.2017 señala que: "... Desde este punto de partida, este tribunal ya se ha pronunciado en la valoración jurídica de tales novaciones. Tanto el Auto 77/16, 18-2, como la Sentencia 156/16, 14-3 recogen la siguiente interpretación: "En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional

¹⁴ art.3-1 CC

haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle.

De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-.

Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto...”.

Igualmente se estima de interés reflejar lo indicado en la SAP Zaragoza, Sec 5^a 10.02.2017 en la que con referencia al AAP Zaragoza, Sec 5^a nº 77/2016, de 18 de febrero se indica que: “[...] Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - *quod nullum est nullum producit effectum* -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro):

"...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores..." . 2.- La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. ..."

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

Lo anterior implica que el acuerdo novatorio incluso en el caso en el que suscribirse hubieren sido explicados con detalle en lo que es la operativa de la cláusula suelo no pueden ser tomados en consideración dada la nulidad de la que estaba viciado el documento de origen (y sin ser necesario

por ello entrar en las mismas condiciones de estos documentos y el contraste de lo suscrito con lo que era la posición jurisprudencial ya determinada en ese momento).

5. CONDICION DE CONSUMIDOR

Una vez hemos podido apreciar que los interesados están legitimados y que la renuncia efectuada en el contrato de novación no impide que puedan ejercer sus acciones de forma individual, vamos a proceder a analizar si cumple con la condición de consumidor de cara a determinar la estrategia procesal.

Resolver jurídicamente la consulta planteada nos obliga a realizar unas consideraciones generales y básicas sobre las consecuencias transversales determinantes de la condición de consumidor de los interesados.

5.1. DEFINICION

Partiendo de las circunstancias que rodean este caso, en cuanto a si los demandantes se pueden considerar como consumidores es de señalar que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 23 de febrero de 2006, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello hace que la definición de consumidor vigente en tal momento fuere la que se contenía en el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Según esta norma, lo que determinaba la condición de consumidor era el tratarse de personas que actuaran como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

En el presente caso se considera que la intervención de todos los prestatarios en el préstamo que se analiza fue a título de destinatario final, ya que si bien la escritura puede dejar abierta la cuestión (alude a que el destino de la cantidad prestada fue la construcción de viviendas), no obstante tal documento se estima idóneo integrarlo con la propuesta de préstamo a la demanda en la que se habla de autopromoción, esto es, que el objeto del préstamo es obtener fondos para la construcción de la propia vivienda. Además, no puede confundirse la actividad profesional de Don Antonio como albañil con la de promoción de viviendas cuya actividad es distinta y se centra en la comercialización de las mismas por lo tanto no actuó en el ámbito de su actividad profesional. Asimismo tampoco nos puede confundir que la autopromoción de su propia vivienda y la de su hija fuera construida por la empresa Serrano Madurga, S.L., puesto que debe considerarse normal que sea una empresa conocida y familiar a la que se le encomienda la tarea, todo ello sin ánimo de lucro por los prestatarios. Por último hay que tener en cuenta que los solicitantes vendieron su vivienda anterior para obtener fondos de cara a la adquisición de la nueva y que el matrimonio compuesto por D. Antonio y D^a Aurora hizo uso y disfrute de la misma.

Es por ello que sí se estima que los solicitantes pueden ser considerados consumidores al ser destinatarios finales de las viviendas.

5.2. CONDICION DE CONSUMIDOR VS EMPRESARIO: TRATO DIFERENCIAL

Como consecuencia de los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo, en particular, las SSTS de 2013 y 2015, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, nos queda claro tanto la abusividad de la cláusula suelo para consumidores, - si no supera el doble control de inclusión y transparencia- , como la procedencia de reclamar las cantidades indebidamente satisfechas a las entidades financieras por aplicación de la misma desde la formalización del préstamo. Sin embargo, en el caso en el que finalmente determinemos que la condición es de no consumidor, porque los prestatarios actúen dentro de su actividad profesional o mercantil, vamos a cuestionar si podrían reclamar judicialmente la inaplicación de dicha cláusula y por ende, la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la misma.

A. CONTROL TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DE BUENA FE

Para ofrecer una respuesta conforme con el Ordenamiento jurídico, debe acudirse a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC).

La referida Ley en su Exposición de Motivos indica que «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 y empresarios». Por lo tanto, la cláusula suelo debe considerarse como condición general de la contratación y el prestatario, adherente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

B. DOCTRINA

A priori podemos tener una percepción del injusto trato que se le da a los profesionales, y pequeños empresarios o PYMES que han constituido préstamos hipotecarios que contienen cláusulas suelo, porque por su condición no se encuentran bajo el paraguas protector de ley General de Consumidores y Usuarios y tienen que formular sus reclamaciones en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), donde se encuentra regulada la abusividad de este tipo de cláusulas. Y es que además parece lógico pensar que si el Tribunal Supremo ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, tales como los swaps y participaciones preferentes, a través de la apreciación del error vicio del consentimiento y donde la determinación de la nulidad del contrato tuvo lugar sin diferenciar si la condición del adquirente del producto financiero complejo fuera consumidor o no consumidor y así lo ampararon algunas resoluciones tales como las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, 20 de noviembre de 2015, 9 de diciembre de 2015, 3 y 4 de febrero de 2016, 11 de marzo de 2016, 8 de abril de 2016, 14 y 20 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016 y 5 y 7 de octubre de 2016. También se pudiera hacer extensiva a la contratación de otros productos financieros con cláusulas- condiciones generales. Si bien esta sería una solución deseable para el asunto que nos ocupa, aún no se ha producido y por lo tanto aquellos casos en los que el adherente no es un consumidor deben ser abordados de diferente manera.

Por todo ello es tan importante discernir cuando se ostenta la condición legal de consumidor y más aún en el caso de los profesionales y empresarios ya que se puede dar la paradoja de que si una persona ejerciendo bien su labor como profesional, o bien explotando un pequeño negocio a través

de una sociedad de responsabilidad limitada contrata un préstamo fuera del ámbito en que desarrolla su actividad dichas cláusulas pueden ser objeto de denuncia por incumplimiento del doble filtro de control de transparencia, que permite llegar al control del contenido y por el contrario, si el mismo, lo hace como consecuencia de su actividad profesional no, cuando en ambos casos es la misma persona la que contrata, dispone de los mismos conocimientos, capacidad de negociación y se le ha proporcionado la misma información.

Es más incoherente aún si cabe, tal y como mantiene nuestra doctrina más autorizada¹⁵, si tenemos en cuenta que en ambos supuestos se ha incumplido de forma clara lo dispuesto en el artículo 7,1-b LGC que señala que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales “que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” y más aun sabiendo que estas pueden darse tanto entre empresarios (B2B) como entre empresarios y consumidores (B2C).

Asimismo, nos haremos eco tanto de los estudios de la Catedrática Doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y la profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Inmaculada Barral Viñals, como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

Y es que, la profesora Sánchez Ruiz de Valdivia⁽³⁾ apunta a que “mientras no se modifique nuestra legislación o no cambie su línea de pronunciamiento el Tribunal Supremo, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial”. Por lo tanto, todos estos sujetos deberían someterse en cuanto actúan en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación al control de incorporación y de transparencia contenido en los artículos 5, 7, 8.1 y 9 LCGC así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (*ex art. 1258 CC*)¹⁶.

¹⁵ BARRAL VIÑALS, I, "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios". *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2015.

¹⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), núm. 748, marzo.

Y añade... "En este sentido, la falta de transparencia de la cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quién corresponde la carga de la prueba, a tenor del artículo 217 LEC. Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa"¹⁷.

En opinión de la citada profesora, que compartimos, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentra en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 de la LCGC de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (ex art. 5.5 LCGC) y/o (2) por vicio de consentimiento (ex art. 1271 CC).

Y no solamente encuentran, tanto consumidores, como empresas, amparo legal necesario para solicitar judicialmente la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, al amparo

¹⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.

del artículo 5.5. de la LCGC, sino al amparo del artículo 7,1-b de la LCGC, tal y como afirman las profesoras Sánchez Ruiz de Valdivia y Barral Viñals. En este sentido, y tal y como ha afirmado Sánchez Ruiz de Valdivia, "Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos 5 y 7 de la LCGC.

Y es que, los empresarios en calidad de adherentes en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir a lo estipulado en los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC y, supletoriamente del Código Civil.

Asimismo, la falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (ex artículos 7 y art. 1258 CC) por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 y art. 6.2 CC) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticiamente. Además, y en calidad de usuarios de servicios bancarios creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la Ley 47/2007.

Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas» y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, carecen de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)".

C. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, aunque no resulta un procedimiento tan habitual y exitoso como la nulidad de cláusulas suelo en consumidores, al no serles de aplicación a los empresarios el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, son cada vez más numerosas las sentencias que han venido estimando las pretensiones de nulidad de cláusulas suelo de profesionales y empresarios que actuando en el ámbito de su actuación empresarial concertaron préstamos con garantía hipotecaria (1). (1)SAP Toledo 18-10-2016; SJPI7 de Vitoria-Gasteiz de 27-10-2016, SJPI6 de Jaén de 4-11-2016, SJMercantil de Murcia de 17-10-2016, entre las más recientes.

En este sentido, la base para poder reclamar la nulidad de la cláusula suelo consiste en evidenciar que el adherente no tuvo oportunidad de negociarla y que sus condiciones fueron impuestas por la entidad financiera. Es decir, dado que los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores – entre los que se halla el control cualificado de transparencia- no son aplicables a la contratación con profesionales, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 3 de junio de 2016 y 30 de enero de 2017, debe recurrirse a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en este tipo de negocios jurídicos.

En definitiva, la nulidad o no de la citada cláusula debe analizarse teniendo en cuenta como parámetro de interpretación la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código civil y del artículo 57 del CCom.

Asimismo, en virtud de los mencionados artículos debe entenderse que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales de la contratación que supongan “un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. Es decir, han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente¹⁸.

¹⁸ AGÚERO ORTIZ, ALICIA, El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) *Alicia Agüero Ortiz*

En definitiva, el control de inclusión exige que se facilite información sobre las cláusulas suelo, y que éstas se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez¹⁹, sin ser en ningún caso ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles²⁰.

En este sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Jaén de 4 de noviembre de 2016, estableció que la cláusula suelo no superaba el control de inclusión porque «no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para, de forma poco clara, expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aun cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.»

Este control de inclusión hay que analizarlo sobre la base del principio de la buena fe, principio capaz de excluir toda cláusula del contrato que suponga un desequilibrio de la posición contractual del adherente. En este sentido, puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de la cláusula que perjudican al adherente.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha señalado que, para que una cláusula se considere negociada, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación (STS de 29-04-2015).

También la Audiencia Provincial de la Rioja, se pronunció a este respecto, estableciendo que «una cosa es conocer la inclusión de la cláusula suelo y otra distinta es haberla podido negociar individualmente; conocimiento no supone facultad de negociación individual».

Ahora bien, en lo que a empresarios adherentes se refiere, la reciente STS de 30 de enero de 2017, señala que al tener el adherente la condición de no consumidor, operarán las reglas generales de la carga de la prueba, y por tanto será el prestatario el que deba acreditar lo que alega, es decir, la inexistencia o deficiencia de la información recibida de la entidad bancaria, e indicar en su caso las

¹⁹ Art. 5.5 LGC Requisitos de incorporación LCGC

²⁰ Art. 7 No incorporación LCGC

circunstancias personales que pudieron influir en la posibilidad de negociación y la medida en que la cláusula fue impuesta unilateralmente y por ende de forma abusiva.

En definitiva, sólo se puede declarar judicialmente la nulidad de la cláusula abusiva una vez acreditado, conforme a lo anteriormente expuesto, que ésta no cumple con el control de incorporación respecto a las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones.

Por último señalar, respecto al control de transparencia cualificado que aunque no se aplica actualmente a los no consumidores, no hay que perder de vista el voto particular, emitido por el magistrado Javier Orduña expuesto con anterioridad quien señalaba por primera vez que la transparencia debía ser un principio general del Derecho y por tanto la protección del control de transparencia debe extenderse también a la contratación con profesionales y empresarios.

En cualquier caso, actualmente, existe una vía judicial con argumentos suficientes para declarar la nulidad de una cláusula suelo cuando quien contrata el préstamo hipotecario no es considerado consumidor. Si bien, deberán estar correctamente asesorados y cuidar de –en palabras del Alto Tribunal– acreditar que se trató de una estipulación sorprendente que desnaturalizó el contrato y frustró sus legítimas expectativas, así como indicar, ya desde la demanda, cuáles son las concretas circunstancias concurrentes que pudieron haber influido en la negociación y en qué medida le fue dicha cláusula abusivamente impuesta.

5.3. DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Partiendo del doble control al que somete las cláusulas suelo el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 241/2013, Sala Civil, de fecha 9 de mayo de 2013, debemos determinar su licitud condicionándolas a que se observen una especial transparencia exigible en aquellas cláusulas no negociadas individualmente, que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. Es decir que para que lo sean, su transparencia ha de permitir al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparo de riesgos, transparencia para la que fija un doble control:

- a) El de inclusión o incorporación, relativo a su claridad gramatical, aplicable tanto a contrataos en que son parte consumidores como a los que no lo son, y que deriva de los arts. 5 y 7 de la de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que

veda las condiciones generales cuya redacción no se ajuste a los principios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”²¹, y aquellas en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”²².

- b) El de transparencia o de transparencia reforzada, de creación netamente jurisprudencial, y analizado extensamente por la STS de 9 de mayo de 2013, y aclarado por Auto del mismo Tribunal de 3/6/2013, es aplicable a contratos en que son parte los consumidores y que viene impuesto por la necesidad de que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuesto o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” y que implica «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado» (FJ 12º).

Tras las precisiones anteriores, y en cuanto a la concreta cláusula objeto de análisis, y sin estimarse necesario entrar en el estudio fundamentado en la doctrina del error, es de señalar que legalmente existe un doble control respecto a las cláusulas abusivas.

-El primero corresponde a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores y el segundo al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Éste segundo tipo de control es de señalar que no es tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

De cara a la operatividad de estas facultades de control, cuando se trata de cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la

²¹ Art. 5.5 LCGC

²² Art. 7 LCGC

Directiva 93/13 pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato” y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

En cuanto al primer control de inclusión que se lleva a cabo por medio de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (que si puede afectar a los elementos esenciales definidores del contrato como una cláusula delimitadora de los intereses operativos como la aquí contemplada), de la lectura del artículo 5 de la misma pueden determinarse los siguientes requisitos para su válida incorporación en un contrato: aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes, que el contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas, que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación, que el predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas, que la redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En lo que es este último requisito de la transparencia, la STS 11.04.2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por su parte la STS 9.05.2013 alude a un doble control de transparencia, y que abarca:

- a) El cumplimiento de los requisitos de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical.
- b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Ello significa que el adherente ha de conocer o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Este segundo control hace preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Asimismo, como indica la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017: "... para analizar la cuestión litigiosa es preciso partir de las pautas que recoge la S.T.S. 9-5-2013. Es decir, si estamos ante una redacción ilegible, ambigua, oscura e incomprensible para un consumidor, de forma que tenga la posibilidad real de conocer su alcance. Es decir, que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" como la "jurídica" que la cláusula lleva consigo. Que perciba o pueda percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, para lo cual, no puede estar enmascarada entre información abrumadora que dificulte su identificación (A.40/2015, de 23-1, de esta sección 5^a) Más concretamente, la citada S.T.S. 9-5-2013 concluía: "223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el

BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Tras ello continúa indicando la antes mencionada SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 que: "... A fin de valorar estos elementos (claridad y transparencia), será preciso tener en cuenta todas las circunstancias concretas que rodean el negocio jurídico en cuestión. Así lo expone el Alto Tribunal:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art.4,1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"(en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[el] carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.".

Finalmente la SAP Zaragoza, sec 5^a 19.01.2017 refleja lo indicado en la SAP. Barcelona, Sec 15^a 2.07.2015 que señala que: "Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo... En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado".

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, se puede concluir que éstas se caracterizan por los siguientes rasgos: Son estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. No han sido consentidas expresamente por el consumidor. Contravienen las exigencias de la buena fe, se estipulan en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A lo anterior cabe añadir que del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Este viene determinado por la negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva.

A. CONTROL DE INCORPORACIÓN

En el concreto caso aquí planteado y en lo que es el control de incorporación, en el caso concreto de las cláusulas suelo, se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica. Esta estuvo constituida por la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios -aplicable en un primer momento a los préstamos de cuantía inferior a 25.000.000 pts. (150.253,03 €) y posteriormente también a todos los préstamos de cuantía superior que recaigan sobre una vivienda en virtud de la reforma del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. La Orden de 5 de mayo de 1994, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante.

Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Con la regulación antes reseñada se trata de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo la entrega de toda una documentación previa en la que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

En el concreto caso aquí planteado la cláusula sometida a consideración se estima que supera el control de incorporación pues es comprensible (indica que el interés calculado según el tipo variable nunca podía ser inferior al 2,50% nominal anual y tampoco superior al 15% nominal anual).

B. CONTROL DE TRANSPARENCIA

En lo que es el control de transparencia exige que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que supone el contrato, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo.

Asimismo se estima necesario poner de manifiesto que en procedimientos como el presente se debe proceder al análisis concreto de las circunstancias concurrentes en cada caso específico, considerando que ello es lo que se deriva de la STS 9.03.2017 en la que se dispone que: “Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato.

Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo

económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

En una posible acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”.

De esta sentencia se estima que cabe deducir que hay que estar al acervo probatorio del caso concreto y que incluso puede comportar que si la negociación de la concreta cláusula resulta probada, incluso eso conlleva que no puede ser tratada como una condición general.

Es a la vista de lo expuesto que se estima necesario en este caso proceder a las concretas circunstancias y de las que en primer caso cabe derivar que la cláusula objeto de impugnación si debe ser tratada como condición general de la contratación al no constar una negociación individualizada.

En este caso la cláusula de limitación del tipo de interés aparece tras el lugar en el cual se fija el importe del tipo variable con el Euribor más el diferencial correspondiente lo que hace que sea más fácilmente identificable, si bien no aparece de forma separada y de hecho aparece integrada en una cláusula dedicada a los intereses que abarca 6 páginas insertándose dentro de las mismas.

No obstante esta ausencia de constancia separada de la cláusula limitativa del tipo de interés, en este caso se cuenta con un documento previo en el que se recogen los elementos de la operación con apartados diferenciados para conceptos como capital, intereses ordinarios, interés mínimo y máximo. Tal documento es el ya referido de propuesta de préstamo fechada el 2.02.2006 (la escritura se otorgó el 23.02.2016) y en él se indica que el importe del préstamo es de 300.000 € señalando que el tipo operativo es el del Euríbor+0,65 puntos con un mínimo del 2,5% y máximo del 15%.

Sin embargo, este documento y el detalle del mismo, se estima que, dado el carácter solidario de la obligación de todos los prestatarios, para que el mismo pudiere ser tomado en consideración de cara a entender que los prestatarios eran conscientes de la carga económica del contrato (y con ello reunirse el requisito de transparencia), debería el mismo haber sido firmado por los cuatro

prestatarios al estar todos ellos afectados de igual manera por el préstamo (por el carácter solidario de su responsabilidad y que justifica que sean dos de ellos quienes requieran de este dictamen).

Ello hace que en virtud de las concretas circunstancias del caso no se debe estimar que el préstamo objeto de dictamen supere el filtro de la transparencia, lo que hace que se deba declarar su nulidad.

6. CONCLUSIONES

PRIMERO.- El eje fundamental del presente dictamen radica en determinar si mis clientes al tiempo de suscribir el contrato que constituye el objeto del presente dictamen, actuaron o no como consumidores, y una vez determinada tal condición procederá analizar el contenido y alcance de la clausura cuya nulidad se pretende instar.

SEGUNDO.- Que los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse acerca del concepto o criterio a seguir para determinar cuando una persona debe ser calificada, a efectos de aplicación de normativa específica, como consumidor o no y así se ha expuesto anteriormente. Pero en definitiva, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren bienes, servicios o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden.

No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquiera, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Es decir, el énfasis para distinguir la calificación de consumidor se halla en si la persona es el destinatario final del bien o servicio. En consecuencia, han quedado excluidos los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, ya fuera empresario individual o autónomo o sociedad, contrariamente al criterio de extensión de la protección al profesional seguido en la legislación sobre las condiciones generales de la contratación, que protege tanto a los consumidores como a los empresarios y profesionales cuando contraten entre sí.

En el caso que nos ocupa no existe cuestión de la profesión de uno de los prestatarios, albañil, pero tampoco debe existir cuestión de los hechos objetivos que se han expuesto, cuales son, en primer lugar, la fecha de la escritura, el objeto de la misma – autopromoción de vivienda habitual.

Es un hecho que dicha construcción ha sido destinada a ser vivienda habitual de mis clientes y de uso y disfrute del otro matrimonio prestatario.

A la vista de los anteriores hechos deberemos concluir que queda desvirtuada la argumentación de la entidad bancaria en el sentido de considerar que no son consumidores los prestatarios, a la fecha de la firma del contrato de préstamo y el destino a dar a la entidad obtenida para su financiación no era empresarial o societarios, sino personal y particular, pues a dicha fecha ni la mercantil estaba

constituida, ni se acredita que se haya destinado la construcción a otro uso que no haya sido el personal particular y habitual de los prestatarios.

Lo demás puede ser considerado conjeturas y manifestaciones de la entidad financiera que no sirven de fundamento para dudar y/o negar de la condición de consumidores de los prestatarios al tiempo de suscribir el contrato que debe ser objeto de análisis.

TERCERO.- De conformidad con lo resuelto en el apartado anterior, ha de señalarse que los prestatarios deben tener, en el contrato litigioso, la condición de consumidores que ha suscrito un préstamo con un profesional, concretamente, con una entidad bancaria en el desarrollo de su actividad. Asimismo, de los hechos expuestos concluyo que la cláusula enjuiciada no ha sido negociada individualmente por los prestatarios, sino que se trata de una cláusula predisposta por la entidad bancaria.

En este sentido, debe recordarse que corresponde a la entidad financiera la carga de acreditar que una cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. Así lo indica expresamente el art. 82.2 del RDLeg 1/2007, lo proclama la citada STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 16 de enero de 2014, que recuerda que el art. 3 apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 establece que si un profesional afirma que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, sumirá plenamente la carga de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, de los hechos expuestos no puede demostrarse que la cláusula litigiosa fuese objeto de negociación individualizada con la entidad bancaria, , pues no ha quedado demostrado que los prestatarios pudieran influir en su contenido, limitándose a decidir si la aceptaba o no, circunstancia que la STS de 9 de mayo de 2013 apunta.

En definitiva, ha quedado demostrado que la cláusula objeto de examen es una cláusula predisposta por la entidad bancaria en un contrato celebrado con mis clientes y que dicha forma de contratación conlleva la consideración de la cláusula en cuestión como una condición general de la contratación.

CUARTO.- Pues bien, aplicando los criterios expuestos al caso que nos ocupa, debe examinarse si la cláusula puede salvar el test de transparencia en los términos que recoge el TS, todo ello respecto al momento de la suscripción del préstamo hipotecario.

En primer lugar, no consta ningún tipo de información previa a la contratación que fuera facilitada por el banco para que conociera la existencia de la cláusula. En segundo lugar, en la hipoteca, la cláusula no ofrece información suficientemente clara ni sobre la propia existencia de la limitación en cuanto al suelo y techo, ni sobre el hecho de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin ser informado del tipo máximo y mínimo que se le iban a aplicar. Tampoco se le ofrecieron escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la aparición del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo la que pudiera contratarse la cobertura. No consta que con anterioridad a la firma de la escritura pública se informara de manera clara y transparente sobre la transcendencia económica de la cláusula suelo , sin que esa ausencia de información tampoco pueda considerarse subsanada en el momento de la firma, etc.

En este sentido debe recordarse que la STS de 9/5/2013 declara que “no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un préstamo con interés variable, se recoge cuál es el diferencial aplicable y, pese a incluirse a continuación la licitación de ese tipo de interés, se omite toda información al respecto porque mis mandantes no tuvieron conocimiento de las condiciones de la hipoteca que suscribía, todo ello instancia de la parte demandada que le debía proporcionar la correspondiente información.

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniere el Notario y procediera a la lectura de la escritura pública, puesto que tal lectura lo que colma es el requisito de incorporación al contrato de esa cláusula, pero es insuficiente para atender el de transparencia en los parámetros antes expuestos pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que los prestatarios llegasen a alcanzar la compresión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué suponía esa cláusula durante el tipo de duración del préstamo hipotecario.

En definitiva, en el presente supuesto se considera que la cláusula denunciada no supera ese control de transparencia por falta de información suficiente clara de que se refería a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incide o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que la redacción de la misma en la hipoteca no permitía a los prestatarios alcanzar el verdadero contenido de dicha cláusula en cuanto al establecimiento de un suelo en el interés variable. Y ello pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamos a interés variable, pues para el consumidor

se convirtió en un préstamo a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito, situación que genera la ausencia total de la actuación llevada a cabo por la entidad demandada para acreditarse la forma de negociación y suscripción del préstamo hipotecario, valorándose, únicamente, lo declarado por los prestatarios.

QUINTO.- El segundo momento en que se sitúa la controversia entre las partes debe ser por el documento de novación 31 de octubre de 2013 suscrito sólo por mis mandantes y no por el resto de los prestatarios. En virtud de dicha novación, aceptaron la modificación del tipo mínimo de interés para toda la vida del préstamo, manifestando entenderlo novado y renunciando expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción con causa en el clausulado del préstamo, así como por las liquidaciones y pagos efectuados del préstamo hasta la fecha, con la renuncia a empresasder acciones frente a la entidad, ni por la cláusula, ni por los pagos efectuados con base a la misma. Documento que terminó con mención manuscrita por los clientes de “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en concreto de un techo del 15% y un suelo del 1,0%. Además, he sido advertido por la entidad prestamista de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiara de descensos de tipo de interés de referencia por debajo del mínimo pactado, esto es del 1,50%”.

En base a dicho documento, hemos cuestionado la inexistencia de acción de los prestatarios, pero la valoración debe hacerse al respecto de ser en el sentido de que la actora fue consciente de lo que firmaba en cuanto a la realidad de la rebaja del tipo mínimo de interés y su aplicación, a partir de ese momento del préstamo hipotecario, siendo consciente y conocedor de ello, dando validez a los pagos ya realizados con aplicación del tipo de interés mínimo vigente hasta ese momento y con renuncia a la reclamación judicial, pues no habría duda de que conocía y entendió la información proporcionada por la entidad bancaria. Conclusión a la que nos oponemos en cuanto a que la aceptación de la novación vendría condicionada por la nulidad de la cláusula suelo desde el préstamo hipotecario, en cuanto a que no fue informada de su existencia, contenido y efectos, por lo que toda actuación posterior estaría viciada, impidiendo que la novación de 2013 generara efectos y que debe resolverse en los términos expuestos anteriormente mediante Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de febrero de 2016.

Dicha doctrina se considera que debe aplicarse en cuanto a las conclusiones que obtienes respecto de la inadmisión de la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de lo que es nulo ningún efecto produce, que debe ponerse en relación al resultado ya obtenido respecto de la valoración del préstamo hipotecario en que la parte prestataria basaría su acción de nulidad, por la limitación de la libertad contractual y por propia psicología del cliente que manifestó la actora en cuanto a su petición de que se dejara sin efecto la totalidad de la cláusula suelo, aceptando la rebaja ante la única oferta que recibió de la demanda.

De conformidad con lo expuesto, ha de señalarse como conclusión que la renuncia a la aplicación de la cláusula suelo, en los términos en que se firmó la novación de octubre de 2013, no debe generar efectos en el sentido alegado por la demandada, con la consecuencia de que la valoración sobre la cláusula suelo que se aplicaba por la entidad bancaria a los prestatarios debe ser conforme al préstamo hipotecario, la cual ya se ha concluido que debe ser nula por el incumplimiento del requisito de transparencia que debió observarse en su formalización y comprensión por la parte actora que actuaba con la condición de consumiría al aceptar la novación de su préstamo hipotecario.

SEXTO.- Atendiendo a los intereses de los prestatarios que represento, y observando el posicionamiento que están adoptando todos los Juzgados a raíz de las SSTS de 2013 y 2015 y la reciente Sentencia del TJUE de diciembre de 2016, la alternativa más beneficiosa una vez fracasado el intento del acuerdo extrajudicial previsto en el RDL 1/2017 es la interposición de una demanda judicial, en su condición de consumidor, en ejercicio de las acciones de nulidad de la cláusula suelo-techo y la acción de reclamación de cantidad por los importes abonados de más en concepto de interes.

SÉPTIMO.- Si bien no hay que descartar acudir a la vía, o bien del acuerdo transaccional o bien a la vía de la mediación, en la cual las partes libremente y auxiliadas por un tercero imparcial podrían llegar a un acuerdo acercando posturas y estructurando libremente el desarrollo del proceso, generando una situación de confianza y acercamiento en la que si termina con acuerdo, siempre será mejor cumplir con el acuerdo llegado de forma negociada que una solución impuesta por la autoridad. Siempre respetando los principios de confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad y neutralidad.

La postura que ofrecería esta parte en el proceso de negociación sería considerar nulas la cláusula suelo solamente por su parte del préstamo, de tal forma que la entidad no tendrá que indemnizar a los demás prestatarios. Si la mediación termina con avenencia, probablemente muy similar a la del

Juzgado de Primera Instancia, adquirirá fuerza ejecutiva y en caso de incumplimiento por una de las partes, podrá solicitarse su ejecución en el Juzgado que corresponda, pero hay que recordar que siempre es mejor una solución negociada entre las partes que una impuesta, porque siempre es más fácil cumplir voluntariamente y sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva.

Esta es la opinión que emito como dictamen y someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de julio de 2017.

Fdo. Victoria Cuartero García

Alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados.

BIBLIOGRAFIA

ACEDO PENCO, Angel. «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve Refencia al concepto de consumidor en el derecho Extremeño». Profesor Asociado Derecho Civil Facultad de Derecho de Extremadura.

AGÜERO ORTIZ, ALICI, «El control de transparencia tan sóloes aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales» Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769) », *Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (Fecha de publicación: 17 de junio de 2016)*

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea), Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALCALA DIAZ, M.A., “La protección del dudor hipotecario, Le 1/2013 de 14 de mayo, e medias para reforzar la protección del deudor hipotecario, reestructuración de la duda y alquiere cocial. Navarra. Thomson Reuters. Aranzadi, 2013

BARRAL VIÑALS, I., "¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios", *op. cit.*

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», 2016, disponible en <http://almacendedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5 (2013), núm. 2, octubre.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo LV (2015).

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», Revista de Derecho Civil (2015), núm. 3, julio-septiembre, disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley* (2013), núm. 8088, 22 de mayo.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278>.

DE CASTRO VÍTORES, Germán, «Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), núm. 746, noviembre.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario», *Revista Jurídica Valenciana* (2014), núm. 2.

GOMARA HERNANDEZ, J.L., “Clausulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/314/277>.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2013), núm. 739, septiembre.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2013-I), núm. 27, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663188/RJ_27_11.pdf?sequence=1.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas*, Junta de Andalucía, 2015, disponible en https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/texto_completo.pdf.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y cláusulas suelo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2013), núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», InDret (2016), núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», InDret (2013), núm. 3, disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», Diario La Ley (2013), núm. 8154, 23 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», Diario La Ley (2015), núm. 8547, 26 de mayo.

SÁENZ DE JURA HIGUERO, Beatriz, «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores. Control de transparencia vs Buena Fe». Profesora adjunta de Derecho Civil Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley (2013), núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica», Diario La Ley (2015), núm. 8491, 2 de marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (2015), núm. 748, marzo.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil (2016), núm. 8.