

## LA CLÁUSULA SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA FIRMADOS POR EMPRESARIOS

**Autor: Ignacio Valenzuela Cano. Socio-Abogado. Director de HispaColex-Granada.**

Se ha convertido en un tema de actualidad la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria firmados por consumidores, teniendo en cuenta sobre todo su trascendencia por el elevado número de afectados. En esta situación es habitual encontrarnos con empresarios que también tienen incorporadas estas cláusulas en sus contratos, por lo que necesariamente surge la pregunta: ¿pueden solicitar la nulidad y reclamar lo pagado de más, igual que se le reconoce a los consumidores?

El análisis de la cuestión relativa a la nulidad de las cláusulas suelo y la obligación por parte de las entidades financieras de devolver los intereses que se hubiesen cobrado de más, debe partir obligatoriamente de un estudio previo de la operación suscrita entre el banco y el cliente para determinar si nos encontramos ante un consumidor o ante un empresario o profesional.

Esa distinción es fundamental, porque el tratamiento de la situación y la determinación de la normativa aplicable varían en uno y otro caso. Si atendemos al contenido del artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nos dice que son consumidores o usuarios las personas que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Por tanto, esa normativa no es de aplicación al empresario que ha firmado el contrato para un propósito comercial, empresarial o profesional. No obstante, el que no se le dispense la protección de dicha norma, no implica necesariamente que no pueda instar la nulidad de dicha cláusula, aunque su argumentación va a ser diferente a la que podría emplear un consumidor. En este sentido y de forma resumida, conviene resaltar algunos datos que nos ha ido aportando la Jurisprudencia:

1º.- Al margen de otras muchas sentencias, un punto de partida es la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Los argumentos que emplea esta sentencia no excluyen la posibilidad de que una cláusula suelo pueda ser declarada nula aunque haya sido firmada por un empresario o profesional, si bien la argumentación es en gran parte diferente a la que se emplea para el caso de que estemos ante un consumidor. Lo que se ha de tener en cuenta es que estemos ante una condición general de la contratación, es decir, cláusulas predispostas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Sus características son:

- a) **Contractualidad:** se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;
- b) **Predisposición:** la cláusula ha de estar prerrredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión;
- c) **Imposición:** su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula;
- d) **Generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinados a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

2º.- Una vez que analicemos el caso concreto, podremos determinar si la cláusula suelo está incorporada al contrato como una condición general de la contratación. En caso afirmativo, la siguiente conclusión es que dichas condiciones generales de la contratación también están sujetas a los requisitos de transparencia y claridad, aunque aquella Sentencia del Tribunal Supremo distingue distintos niveles de transparencia de las condiciones generales sobre tipos de interés

variable, distinguiendo si la suscripción contractual se ha efectuado entre empresarios y profesionales o entre éstos y consumidores. En el primer caso se requiere un solo nivel o control de transparencia de la cláusula, consistente en su claridad, concreción y sencillez, mientras que en los casos de suscripción con consumidores se requiere además un segundo control de transparencia relativo a la posibilidad de conocimiento real y ausencia de ilegibilidad, ambigüedad, oscuridad e incomprensibilidad de la condición general.

3º.- Teniendo en cuenta todo lo anterior, podría declararse nula una cláusula suelo incorporada a un contrato suscrito por un empresario o profesional, porque el mismo sí está protegido por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. No obstante, los requisitos y la prueba exigidos para determinar la falta de negociación previa, la falta de claridad o transparencia, son mucho más rigurosos que los que se exigen a un consumidor. No cabe que la cláusula en cuestión sea nula por abusividad, que es un término sólo aplicable si se trata de un consumidor. La nulidad sólo puede venir por otros argumentos que se indican a continuación, para el caso de que estemos ante un empresario o profesional.

4º.- En concreto y después de aquella Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, esta cuestión se ha aclarado aún más a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, 367/2016, de 3 de Junio, que de nuevo trata el control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Según dicha Sentencia, La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: (...) «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios». (...) Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: (...) «La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación». (...) Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril , estableció: (...) «en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente» [...] (...) «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC». (...)

Por tanto, si se pretendiera actuar contra una entidad bancaria por parte de un empresario o profesional para que se declare la nulidad de la cláusula suelo, la argumentación no podría enfocarse desde la perspectiva de las normas que protegen a los consumidores, sino desde la perspectiva del Código Civil, Código de Comercio y normativa general que haga referencia a la nulidad de un contrato por vicio del consentimiento, con especial referencia a la buena fe contractual y justo equilibrio de las prestaciones. Se deberá tener en cuenta lo acontecido antes de la firma del contrato donde muchas de estas operaciones, por su importancia económica, exigieron un periodo de negociación dentro de los límites permitidos por las condiciones de la entidad demandada; se deberá atender a la claridad y transparencia de la cláusula, su ubicación en el contrato, la información previa, etc.

La Sentencia del Tribunal Supremo 57/2017, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2017, insiste en la buena fe contractual como norma modeladora del contenido del contrato. Si con la cláusula de adhesión, su imposición y falta de negociación se pretende sacar ventaja y se causa un desequilibrio notable entre las partes, resultaría contrario a la buena fe. En el supuesto específico

de la cláusula suelo, dicha Sentencia indica que el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general, incorporando una “cláusula sorprendente”, que resulta insólita en el adherente por no haberla previsto razonablemente. Para llegar a esta situación, hay que tener en cuenta qué nivel de información se había proporcionado, la diligencia del prestatario adherente para conocer sus consecuencias, sus circunstancias subjetivas, volumen de negocio, experiencia, estructura societaria, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Además, por no ser consumidor, el empresario es el que soporta la carga de la prueba y debe acreditar la inexistencia o insuficiencia de información.

En conclusión, el empresario debe acreditar un vicio del consentimiento de suficiente entidad como para declarar nula esa cláusula por falta de transparencia, por falta de negociación, desequilibrio, falta de comprensión, etc.