

Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)

Contract clauses in soil with conditions between companies (self, micro and sme)

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

*Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.*

RESUMEN: En España el tejido empresarial está compuesto en un 99,2% por autónomos, micro-empresas y pymes que han dependido, para acometer sus actividades empresariales, de la financiación bancaria hasta en un 80 por 100. Conscientes de que en la contratación de los préstamos hipotecarios, con condiciones generales, concertados por las empresas la nulidad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista, nos proponemos clarificar si, tras la doctrina jurisprudencial sentada, en pleno, por la Sala 1.^a, del Tribunal Supremo en las sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y por sentencia que anunció el Supremo que dictaría los pasados 24 y 25 de marzo de 2015 (también por la STS, dictada por la Sala 1.^a no en pleno de 15 de abril de 2014), también las empresas pueden acogerse a esta doctrina jurisprudencial para solicitar que sea declarada, por vía judicial, la nulidad de la cláusula suelo (1) alegando defecto de transparencia (*ex art. 5.5. LCGC*),

también (2) o vicio de consentimiento (*ex art. 1271 CC*). Una cuestión que nos llevará a plantear el debate existente hoy en la jurisprudencia menor en torno a determinar (1) a quien corresponde la carga de la prueba (2) cuál es el Juzgado competente [de Primera Instancia (Civil) o de lo Mercantil para conocer de dicha reclamación] y, (3) cual es la fecha a la que hay que retrotraer la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo declarada nula —debate zanjado por la Sala 1.^a del Supremo en pleno, tal y como se ha anunciado los 24 y 25 de marzo de 2015—. Además, reflexionaremos acerca del control de abusividad en la contratación entre empresarios a la luz de los textos europeos de referencia (CESL, DCFR, PECL y Principios ACQUIS); lo que nos llevará, además, a reflexionar acerca de la necesidad de apostar por una Segunda Oportunidad para Consumidores (personas físicas no empresarias) y para Empresas (autónomos, micro-empresas y pymes) tal y como existe en Europa.

*ABSTRACT: In Spain the business is comprised 99.2% of self-employed, micro-enterprises and SMEs that have relied, to carry out its business activities, bank financing up to 80%. Aware that in the recruitment of mortgage loans, conditions, undertakings entered into by default nullity real transparency —more than formal (illegibility, incomprehensibility, ambiguity)— has played unfortunately a leading role, we propose to clarify If, after the jurisprudential doctrine established, in full, by the 1st Chamber of the Supreme in the Judgments of May 9, 2013, September 8, 2014 and March 24&25, 2015 (and the STS, delivered by the Board 1st of April 15, 2014), also companies can benefit from this jurisprudence to request to be declared by judicial annulment of the clause ground (1) claiming default transparency (*ex art. 5.5. LCGC*). We also discuss in which hypotheses will improve (2) the action of nullity of the clause on the grounds of consent (*ex art. 1271 CC*). A question that will lead us to raise the existing debate today in the lower jurisprudence on determining to whom the burden of proof and clarify what is the competent Court (of First Instance (Civil) or Commercial to hear that complaint. In addition, we will think about controlling abusiveness in contracting between employers in light of European reference texts (CESL, DCFR, PECL and Acquis Principles); which also lead us to reflect on the need to bet on a Second Chance for Consumers (not entrepreneurs individuals) and business (self-employed, micro-enterprises and SMEs) as it exists in Europe.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas Suelo. Consumidores. Empresas. Trabajadores autónomos. Pymes. Control de Transparencia. Abusividad. Préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación. Segunda Oportunidad.

KEY WORDS: *Floor clauses. Consumers. Businesses. Freelancers. SMEs. Control Transparency. Abusiveness. Mortgage Loan. General conditions of contract. Second Chance.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. UNA CUESTIÓN PREVIA: LAS EMPRESAS NO SON CONSUMIDORES: UNA DECISIÓN LEGAL (Y JURISPRUDENCIAL). SON ADHERENTES EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES).—III. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR DEFECTO DE TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN FACILITADA POR EL PREDISPONENTE AL ADHERENTE (CONSUMIDOR O NO). 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN ESCRITURAS DE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO AL PROMOTOR.—IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR VICIO DE CONSENTIMIENTO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LAS DUDAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, DE LO CIVIL, O DE LO MERCANTIL, PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO.—V. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES: ¿TAMBIÉN EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS? 1. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN EUROPA. ¿UN MODELO A SEGUIR? 2. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN ESPAÑA.—VI. LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA SUELO NULA.—VII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Tras la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo, en pleno, en favor de declarar la nulidad de las cláusulas suelo por defecto de transparencia continúan las dudas acerca de si también las empresas pueden acogerse a ella. Una cuestión sobre la que hasta el momento no se ha querido posicionar el Supremo, tal y como pone de manifiesto el Auto de inadmisión de la Sala Civil, Sección 1.^a, del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2014. Hasta el momento, son cuatro las ocasiones en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la cláusula suelo por defecto de transparencia. En tres de ellas, la primera (de 9 de mayo de 2013), la segunda (de 8 de septiembre de 2014) y la cuarta (anunciada los 24 y 25 de marzo de 2015) el Supremo reunido en Pleno ha decidido la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. En la tercera (de 15 de abril de 2014) el Supremo no adoptó su decisión en pleno. En la primera, declaró la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de transparencia en el seno de una *acción de cesación colectiva en contratos de préstamo concertados con consumidores*, en la segunda reitera el control de transparencia (real) en el marco de *ocho acciones de nulidad individuales a favor de consumidores*. Tras la tercera, el Supremo recuerda a los tribunales

de instancia que la declaración de nulidad exige contradicción entre las partes y, en la cuarta anunciada en Pleno los 24 y 25 de marzo de 2015, decide poner fin al debate surgido en la jurisprudencia menor en torno a determinar hasta que fecha ha de retrotraerse la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo (determinado que hasta la fecha en que se dictó la primera Sentencia de 9 de mayo de 2013).

Aclarar si esta importante doctrina jurisprudencial sobre transparencia sentada por el Supremo, corroborada por el TJUE en Sentencia de 30 de abril de 2014 resulta de aplicación, también, a las empresas¹, es decir, a los trabajadores autónomos², a las micro-empresas³ y a las pequeñas⁴ y medianas empresas⁵ constituye un tema de enorme trascendencia práctica. Tengamos en cuenta que en España el tejido empresarial está compuesto, en un 99,2% por empresarios, esto es, trabajadores autónomos, micro-empresas y pequeñas y medianas empresas. Un altísimo porcentaje de «emprendedores/as»⁶ que dependen (y han dependido) de la financiación bancaria hasta en un 80% —un porcentaje sensiblemente superior al del resto de empresas anglosajonas (que dependen en un 35%), francesas o alemanas (que dependen en un 50%)—⁷.

Conscientes de que en la contratación, con condiciones generales, entre empresas la abusividad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista, nos proponemos sumarnos a la *batalla quijotesca* emprendida por parte de la jurisprudencia menor en favor de estimar la nulidad de la cláusula suelo en favor de las empresas (por defecto de transparencia o por vicio de consentimiento) y en contra de las entidades financieras.

Y es que, en nuestra opinión, 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 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*). Analizaremos, además, (3) la posible nulidad de la cláusula suelo por defecto de transparencia en préstamos hipotecarios concertados por consumidores en los supuestos en que estos se han subrogado en el préstamo hipotecario concedido al promotor/vendedor y (4) además nos proponemos «repensar» si es posible, e incluso deseable, el control de abusividad en la contratación entre empresas a la luz de las propuestas, *soft law* que ofrecen los textos europeos de referencia (CESL, DCFR, PECL y Principios ACQUIS). Para terminar, nos plantearemos, si concedida la nulidad por defecto de transparencia o nulidad por vicio de consentimiento, o en su caso por abusividad (en caso de consumidores) procede o no la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras la declaración de nulidad (una cuestión que hoy por hoy enfrenta a nuestra jurisprudencia menor) y sobre la que más adelante volveremos a reflexionar en profundidad.

II. UNA CUESTIÓN PREVIA: LAS EMPRESAS NO SON CONSUMIDORES. UNA DECISIÓN LEGAL (Y JURISPRUDENCIAL). SON ADHERENTES EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES

En la actualidad, la batalla que conviene «a ciegas», en la contratación (con condiciones generales) es la emprendida por los consumidores⁸ no por los empresarios. El drama legal y la exclusión social que viven los consumidores ha convencido a nivel notarial⁹, registral¹⁰, judicial (europeo¹¹ y nacional¹²), legal (estatal¹³, autonómico¹⁴ y local¹⁵) y doctrinal¹⁶.

Preocupados por la difícil situación en que se encuentran, en la actualidad, miles de autónomos¹⁷ y de empresas (microempresas y pymes)¹⁸ condenadas a sobrevivir en una situación de economía sumergida y en grave situación de exclusión social por el sobreendeudamiento y la insolvencia a la que han llegado tras fracaso empresarial o personal; nos hemos propuesto hallar respuestas legales satisfactorias que les permitan salir del drama social en que se encuentran. Somos conscientes de que de su estabilidad dependen, aproximadamente, un 62,9% de consumidores/as (cifra algo por debajo de la media de la Unión Europea (67,4%)¹⁹. Y es que, hoy por hoy, son las empresas la principal fuente de empleo para los españoles.

En este sentido, en la espera de que el Gobierno apruebe la Ley de una Segunda Oportunidad²⁰ impulsado por las recomendaciones de la Unión Europea^{21, 22}, el Fondo Monetario Internacional²³, el Defensor del Pueblo²⁴, el Banco de España²⁵ y los jueces de toda España²⁶. Centra su atención, tal y como está proponiendo, en los trabajadores autónomos (un colectivo que, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al tercer trimestre de 2014 supera, en la actualidad, los tres millones de personas en España). Es necesario, además, que apruebe la ley de Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios.

Esta necesidad justifica que el pasado 15 de diciembre de 2014²⁷ el Gobierno anunciara, a través del propio ministro de Economía y Competitividad²⁸, que acometería para el mes de abril (antes de que finalizase su legislatura) los cambios oportunos con el fin de asegurar una verdadera ley de «segunda oportunidad» para las personas naturales con el fin de contemplar quitas, moratorias de pago y eliminar del listado de morosos a los deudores que fracasasen en su primer negocio²⁹. También que el pasado 20 de enero de 2015 anunciara nuevamente, su intención de que «el autónomo que liquide su negocio obtendrá una quita total y definitiva»³⁰ y, prácticamente un mes después, en el debate sobre el Estado de la Nación (celebrado el 24 de febrero de 2015), anunciaba la puesta en marcha de un sistema de «segunda oportunidad» que permita, a través de un acuerdo extraconcursal

afrontar sus deudas mediante un sistema de quitas y aplazamientos. Un procedimiento transparente para los particulares que en «plazos muy breves» puedan acordar estos aplazamientos y «otras formas de rendición de la deuda»³¹.

Convencidos de que la solución del drama social que hoy viven consumidores y empresas exigen soluciones integrales que pongan fin a la difícil situación de sobreendeudamiento familiar a la que están expuestas las personas físicas empresarias o no empresarias³² y las microempresas y pymes³³; nos proponemos despejar las dudas acerca de si, también las empresas pueden acogerse a la protección que dispensa la LGDCU en calidad de consumidores, o, por el contrario, tal y como defenderemos, disponen del mosaico de remedios que deriva de su condición de adherentes en la contratación, con condiciones generarlas conforme a la LCGC; una solución que les abre puertas de cara a la posible nulidad de la cláusula suelo incorporada en sus contratos de préstamo hipotecario.

(1) El legislador español, siguiendo directrices europeas³⁴ optó³⁵, de manera decidida, por negarles la condición de «consumidor» a los profesionales, autónomos, empresarios, mercantiles, etc.³⁶ zanjando en virtud de la Ley 3/2014 las dudas suscitadas a tenor del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre^{37, 38}. Tras dicha reforma legal concluye el legislador, con claridad³⁹, que únicamente pueden ser considerados consumidores las personas físicas o jurídicas que *sean destinatarios finales o no siéndolo, actúen en un ámbito ajeno (privado⁴⁰) a su actividad empresarial o profesional⁴¹ y que no tengan ánimo de lucro*. El propio TJUE, Sala Novena, en la Sentencia de 15 de enero de 2015, ha corroborado esta interpretación interpretando ante la consulta realizada que, «es consumidor, la persona física que contrata los servicios jurídicos prestados por abogado (profesional) en tanto en cuanto dichos servicios pueden afectar a «los intereses personales» de la persona física (divorcio, división del patrimonio adquirido durante el matrimonio, etc.)».

(2) El Supremo ha denegado la condición de consumidor y la protección que dispensa la LGDCU y, en ocasiones la LCGC⁴²: (1) al *abogado* que compra un local que destina a su despacho (en virtud de la STS, Sala 1.^a, de 28 de mayo de 2014)⁴³, (2) a la *Pyme* que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos, legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción inmobiliaria (en virtud de la STS, Sala 1.^a, de 7 de abril de 2014)⁴⁴, (3) a la *empresa titular de una residencia de ancianos* que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores (en virtud de la Sentencia, Sala 1.^a, de 10 de marzo de 2014)⁴⁵, (4) a la *sociedad*

cooperativa de viviendas que financia la promoción (en virtud de la STS de 24 de septiembre de 2013⁴⁶) y, (5) *a la mercantil* que realizó la compra de unos bienes muebles destinados a un uso empresarial (en virtud de la STS de 23 de julio de 2013).

(3) La jurisprudencia menor ha denegado también (unánimemente) la abusividad de la nulidad de la cláusula suelo argumentando que no tiene la cualidad de consumidor (7) *a la sociedad mercantil* que contrató un préstamo hipotecario en base a considerar que la cláusula suelo es fruto de la «negociación individual» [Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almuñécar (Provincia de Granada)] Sentencia de 26 de enero de 2015⁴⁷, (8) *a la empresa* que pide un préstamo con la finalidad de adquirir unas instalaciones destinadas a su actividad empresarial (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, de Zamora de 3 de abril de 2014 y, núm. 2, de Almuñécar en Sentencia de 26 de enero de 2015)⁴⁸, (9) *a la mercantil que solicita un préstamo hipotecario para financiar su actividad empresarial* (SAP Cantabria, sección 4.ª, de 20 de diciembre de 2014 y la SAP Jaén, Sección 1.ª, de 10 de julio de 2014 y, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, de Zamora de 3 de abril de 2014) y, (10) *a la mercantil* (persona jurídica) que actúa en el ámbito de su actividad empresarial para obtener refinanciación y no con fines privados o ajenos a su actividad empresarial (SJMerc de Barcelona de 13 de febrero de 2013)⁴⁹.

En conclusión, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial. En tanto en cuanto nuestra legislación no se modifique tal y como ha hecho, recientemente, el Código de Consumo catalán⁵⁰, dando cabida dentro del concepto de «persona consumidora» a los *trabajadores autónomos* y las *empresas prestadores de servicios básicos y servicios de trato continuado* y a las que tengan la consideración de *microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE*^{51, 52} y, mientras el Supremo o la jurisprudencia menor no rectifique su unánime parecer, (cosa que no creemos que vaya a suceder) hoy las empresas (sus abogados) deben fundamentar sus defensas en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación resultándoles de aplicación, el control de incorporación y 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).

La consecuencia jurídica de posicionarnos en favor de estimar que a las empresas (autónomos y pymes) les resulta de aplicación el mosaico de remedios contenidos en la LCGC (y, subsidiariamente, en el Código Civil)

proyecta sus consecuencias prácticas a la hora de determinar que las 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 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*). Comprobémoslo.

III. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR DEFECTO DE TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN FACILITADA POR EL PREDISPONENTE AL ADHERENTE

1. PLANTEAMIENTO

Tras el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declaró la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia en virtud de la STS de 9 de mayo de 2013⁵³ (corroborada por la Sentencia de la Sala Primera del TS, dictada en pleno también, de 8 de septiembre de 2014⁵⁴ y por la STS de la Sala Primera de 15 de abril de 2014⁵⁵) existe la duda acerca de si también las empresas (las pymes, los emprendedores, los autónomos, las mercantiles) pueden acogerse a esta doctrina jurisprudencial para declarar la nulidad de la cláusula suelo incorporada en sus contratos de préstamo hipotecario. Un tema actual sobre el que aún no se ha posicionado el Supremo (tal y como demuestra el Auto de 30 de octubre de 2014 de inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto por una empresa que alegaba en su favor la infracción de la doctrina casacional sentada por la STS de 9 de mayo). Una cuestión, que trae de cabeza a la jurisprudencia menor dispuesta a emprender una *batalla quijotesca* en su favor. Hasta la fecha, son numerosas las Audiencias Provinciales que han dictado sentencias en favor de declarar la nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios concertados por consumidores. En este sentido encontramos sentencias dictadas en las Audiencias de Provinciales de Pontevedra⁵⁶, Barcelona⁵⁷, Las Palmas⁵⁸, Málaga⁵⁹, Palencia⁶⁰, Burgos⁶¹, Badajoz⁶², Zaragoza⁶³, Granada⁶⁴, Cáceres⁶⁵, Madrid⁶⁶, Murcia⁶⁷, Cuenca⁶⁸, Alicante⁶⁹, Álava⁷⁰, Córdoba⁷¹ y Cádiz⁷²; Ahora bien, hasta que el referido control de transparencia no se eleve a rango legal (tal y como hizo hace más de diez años en Alemania⁷³, lo que sería oportuno y deseable) resolviendo, con claridad, las dudas planteadas en la doctrina, en la jurisprudencia y teniendo en cuenta el rígido posicionamiento del Supremo; nos hemos propuesto defender convencidos que también las empresas, junto a los consumidores, en calidad de adherentes en la contratación, con condiciones generales, puedan acogerse a la referida doctrina jurisprudencial.

Recordemos que la falta de transparencia que se le reprocha a las entidades financieras en relación a la inclusión de la cláusula suelo no se refiere a la

transparencia interna de la cláusula, es decir, a su claridad o comprensibilidad, sino a la «transparencia real» (incidencia que ha podido tener al incluirla defraudando la expectativa legítima el adherente (insistimos, persona física o jurídica, consumidor o empresarios) sobre la oferta, siendo «contraria a la buena fe».

En favor de dar solución, también, a las empresas, en contra del sentir mayoritario⁷⁴, se han posicionado hasta el momento parte de la doctrina⁷⁵ y algunos juzgados (como el de Málaga⁷⁶) y numerosas Audiencias Provinciales (como la de Zamora⁷⁷, Murcia⁷⁸, Córdoba⁷⁹, Huelva⁸⁰, Jaén⁸¹, Pontevedra⁸², Cáceres⁸³ y Málaga⁸⁴) advirtiendo que la cláusula suelo no cumple los requisitos de transparencia que ha fijado la STS de 9 de mayo de 2013, a que se refiere el artículo 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que por tanto, no se produce la incorporación al contrato⁸⁵ en la medida en que la LCGC resulta de aplicación *con independencia de las cualidades personales del adherente* (persona jurídica o jurídica) y *con independencia de que sea o no consumidor*⁸⁶.

Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada residenciada en el artículo 5.5 LCGC y no en el TR-LCGC⁸⁷ 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.

Defender, como aquí nos proponemos hacer, que resulte de aplicación, también, a los autónomos y a las empresas (microempresas y pymes) la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo en virtud de la STS de 9 de mayo de 2013, no nos resulta forzado. En la contratación, con condiciones generales, en consumidores y entre empresas (profesionales), las cláusulas suelo, aún consideradas en sí mismas lícitas (que lo son, tal y como ha aclarado magníficamente el Supremo), no son, en la mayoría de los casos, transparentes porque: (1) son «contrarias a la buena fe», en la medida en que el comportamiento de la entidad financiera supone una alteración subrepticia de la carga económica del contrato, a partir de una estrategia medida por las entidades financieras consistente en presentar una oferta que no es real, pues se omite la existencia de limitaciones a las variaciones a la baja del tipo de referencia y por tanto, (2) son «abusivas»⁸⁸, no porque determinen que el precio del préstamo sea caro, sino simplemente porque implica que el precio del crédito es distinto al que se creía legítimamente haber pactado, al no permitir al consumidor aprovecharse en toda su extensión de las variaciones a la bajada del tipo de interés al que se referenció el préstamo, (3) se han incluido en el contrato de «tapadillo», con «un tratamiento impropriamente secundario», que

provoca una alteración subrepticia del precio del crédito sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual, constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable, (4) son de carácter «sorpresivo», en la medida en que el cliente (consumidor o empresario) cree haber firmado un préstamo a interés variable cuando, en realidad, resulta un préstamo a interés fijo; por lo que (5) se constata que ha habido «engaño»⁸⁹.

En este sentido, creemos, los empresarios (autónomos, microempresas y pymes) en *calidad de adherentes* en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir al mosaico de remedios que derivan de los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC⁹⁰ y, supletoriamente del Código Civil⁹¹. La falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (residenciado en los artículos 7 y art. 1258 CC)⁹² 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 subrepticamente⁹³. 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 las entidades financieras que presten servicios de inversión que no distinga entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas»⁹⁴ 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)⁹⁵.

La situación de inferioridad que en este tipo de contratación (la de préstamos hipotecarios) se produce entre las entidades financieras (predisponentes) y los autónomos, microempresas y pymes, está fuera de toda duda, tal y como pone de manifiesto la SAP Jaén, de 27 de marzo de 2014, para quien, «Si bien es cierto que el profesional o empresario por su propia naturaleza, no se encuentra en una situación de inferioridad negocial en la generalidad de los casos, ya que dispone de preparación técnica o de recursos para hacer valer sus derechos, no lo es menos que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, tal es el caso del régimen legal de las condiciones generales de la contratación, aplicable siempre que estemos ante cláusulas predisuestas por un profesional, y no solamente cuando la contraparte sea un consumidor en el sentido dispuesto por el TRLGDCU. No cabe otra manera de entender la legislación de protección del consumidor, sin que ello suponga una inferencia no deseada por el legislador en la libertad contractual que constituye el principio básico de la contratación, por ello no nos referimos al derecho de los consumidores como rama autónoma de nuestro ordenamiento, sino como conjunto de normas que actúan donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato».

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 consumidos para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quien 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.

En efecto, la STS de 9 de mayo de 2013 resulta muy exigente en cuanto a la información que hubiera sido necesaria para que la cláusula suelo fuera lícita, puesto que llega a requerir que se hubiera proporcionado al consumidor «simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar» (párr. 225.b) o «el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad» (párr. 225.d). Es más, incluso debe proporcionarse información sobre «el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo» (párr. 256). En el apartado séptimo del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013 se enumeran una serie de circunstancias que han sido tenidas en cuenta para valorar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia:

296. ... el cese se basa en:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

El propio Auto aclaratorio del Tribunal Supremo 3 de junio de 2013, de la STS de 9 de mayo de 2013, advierte que los «parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra», por lo que considera que «no satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado (séptimo de la sentencia)».

En la espera de que el Legislador y/o el Supremo se exprese con claridad acerca de esta importante cuestión, pasemos a analizar otro supuesto, no menos interesante sobre el que hoy también se debate la jurisprudencia menor: la nulidad por defecto de transparencia de las cláusulas suelo en escrituras de subrogación y novación concertadas con el promotor/vendedor.

2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN ESCRITURAS DE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO AL PROMOTOR

Un supuesto particularmente interesante que hoy enfrenta a la jurisprudencia menor es el relativo a la nulidad de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario en los que el comprador/consumidor se subroga (mediante una subrogación real «pura» (que se produce cuando no existe más que un cambio en la persona que paga el préstamo) o a través de novación⁹⁶ en las condiciones del préstamo hipotecario concedidas al promotor en este caso vendedor. Una cuestión sobre la que la jurisprudencia menor se encuentra dividida en torno a determinar si el comprador/consumidor puede acogerse, en contra de la entidad financiera, a la doctrina jurisprudencial sobre transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 y corroboran las SSTs de 8 de septiembre y 15 de abril de 2014.

Determinar, en estas hipótesis, a quien corresponde el deber de información sobre las condiciones generales predispuestas, si a la entidad financiera o al promotor/vendedor, es un tema que hoy divide y enfrenta a nuestros tribunales⁹⁷ en torno a dos posturas, fundamentalmente. Frente a quienes consideran que (1) corresponde a la mercantil promotora/vendedora el deber de informar de las condiciones del préstamo hipotecario⁹⁸ acorde con los arts. 3, 6.1.4º, 9 y 10 del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores y los criterios del servicio de reclamaciones del propio Banco de España⁹⁹, (2) los hay que con mayor acierto, en nuestra opinión, advierten, las SSAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 3 y 7 de julio de 2014, la SAP Jaén, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2014 (FD3) y la SAP Gerona, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 2014, que aunque el deber de información corresponde al promotor este hecho no exime a la entidad financiera de advertir o comprobar que el cliente que se subroga conoce el contenido y las condiciones del préstamo hipotecario, es decir, de asegurarse que la cláusula suelo supera el control de inclusión y el de transparencia a que se refiere la doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 9 de mayo de 2013. Esta obligación del deber de información de la entidad financiera se produce con independencia de que el comprador sea: (a) un consumidor, aún cuando tenga conocimientos en derecho (por ser, por ejemplo abogado)¹⁰⁰ o, b) un particular (adquirente de una vivienda de segunda mano que se subroga en el préstamo hipotecario de su vendedor); si bien, en este último caso, y en la medida en que falta en este la condición de consumidor, hay Audiencias Provinciales que advierten que en esta hipótesis dicho deber se circunscribe al análisis del control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la LCGC 7/1998, obviando la rigurosidad de la exigencia de comprensibilidad real, relativa a la transparencia, exigible por cualquier consumidor medio¹⁰¹. Lo relevante es determinar, en realidad, si la entidad financiera incumple la obligación de informar al prestatario, inicial o subrogado, con independencia

de la que, además, pueda imponerse, tal y como recomienda el propio Banco de España, al promotor/vendedor en el desenvolvimiento de su actividad empresarial.

Siete son, a juicio de la referida SAP Cáceres, Sección 1.^a de 7 de julio de 2014, las razones en virtud de las cuales se aparta del criterio del Banco de España por entender que la entidad de crédito no puede quedar relevada de sus obligaciones por el hecho de no participar en el contrato de compraventa y subrogación ya que, en todo caso, debe autorizar dicha subrogación. En este sentido y si lo hace con carácter general y sin cumplir con el deber de información individualizada, ha de asumir las consecuencias, ya que en otro caso se abriría la puerta a posibles fraudes de ley¹⁰². Además se añade en la Sentencia (1.^a) la subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación que requiere el consentimiento del deudor, tal y como se deriva del artículo 1205 CC; lo que acredita su intervención aunque sea presunta, (2.^a) la entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusula que estimó pertinente y, entre ellas, la cláusula limitativa de variación a la baja de los tipos de interés, (3.^a) la entidad prestamista es la que se beneficia por la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo, (4.^a) la entidad financiera es la llamada a responder por el promotor/vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia *ex* artículo 1902 CC, sea por responsabilidad por hecho ajeno *ex* artículo 1903 CC, (5.^a) la actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito¹⁰³, (6.^a) la transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitiría a aquella eludir, en fraude de ley, el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores y, (7.^a) la derivación de las obligaciones de información al promotor compromete la consecución de los objetivos de protección del consumidor que persigue la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Recientemente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Toledo, de 30 de julio de 2014, advierte que no debe confundirse la imposición de un deber especial de información a un sujeto con la liberación al prestamista del cumplimiento de sus propios deberes en cuanto tal, frente al consumidor o usuario advirtiéndolo, además, que el promotor no es parte en el contrato de préstamo y por eso la estimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva por el comprador-prestatario no puede afectar directamente al promotor-vendedor, pues no se le puede condenar a eliminar una cláusula del contrato de préstamo en el que no es parte). También la Sentencia del

Juzgado de lo Mercantil, núm. 1, de San Sebastián, de 16 de febrero de 2015, concede la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, y consiguiente abusividad, en un supuesto de subrogación de préstamo hipotecario del comprador en la hipoteca del vendedor (constructor-promotor) con devolución de cantidades indebidamente cobradas, advirtiendo en el FD 3º que, «... la información precisa no sólo es necesaria, sino que había de ser *«especialmente detallada»* según el artículo 6.1.4º del mencionado RD 515/1989. Tampoco excluyen la obligación de informar la OM 5 mayo 1994 ni la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29/10/11), dictada al amparo del artículo 48.2 de la Ley 26/88, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito. Aunque no estuviera en vigor al subrogarse los demandantes, esta última orden dispone en su artículo 19.3 que *«Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden»*. En el FD 4º, remitiéndose a la STS de 8 de septiembre de 2014, concluye, con acierto, que «que no basta con la simple lectura de la escritura, que no garantiza, según el Tribunal Supremo, la comprensibilidad real de cláusulas como la aquí discutida. Hay que añadir que se trata de un documento de 42 carillas, es decir, de una gran extensión. Está plagada de cláusulas de contenido financiero o redacción farragosa, como se ha explicado. Hay también una amplia información registral, y no faltan referencias legales o expresiones oscuras. De ahí que sea creíble, como sostienen la parte demandante, que los prestatarios no se percataran realmente de la existencia de la cláusula suelo. Pudo pasar percibida, como hemos expresado indicaba la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 (§ 212)».

En la espera de que el Tribunal Supremo¹⁰⁴ se posicione sobre el particular clarificando su postura, pasemos a analizar aquellas hipótesis en las que el empresario puede alegar, por vía judicial, la nulidad de la cláusula suelo por vicio o inexistencia de consentimiento. Un debate, también, apasionante que enfrenta a nuestros tribunales en torno a determinar cuál sea el orden jurisdiccional competente [el de Primera Instancia (de lo Civil) o de lo Mercantil] para conocer de dicha reclamación.

IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR VICIO DE CONSENTIMIENTO

1. PLANTEAMIENTO

A pesar de que en «el fenómeno de la contratación en masa, conceptualmente diferente al contrato por negociación, tiene un fundamento legal y jurídico específico que no consiste tanto en garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el plano del error vicio, como la de garantizar el cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumplan con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta [SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014)]»¹⁰⁵, en la práctica está siendo muy habitual que las empresas (también los consumidores) acudan a los juzgados en solicitud de la nulidad parcial de la cláusula suelo, a través del ejercicio de una acción individual (a veces como pretensión principal, otras como subsidiaria de la acción de nulidad por falta de transparencia) alegando inexistencia¹⁰⁶ o (lo que es lo mismo), vicio de consentimiento, (*ex* artículo 1261 CC)¹⁰⁷. En esta hipótesis, y dado que la falta de información suficiente (respecto a la cláusula suelo) afecta al objeto principal del contrato, al precio del crédito y a su incorporación al contrato, requiere el consentimiento del adherente (consumidor o empresario) y no el mero cumplimiento de las formalidades que entrañan los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 LCGC.

2. LAS DUDAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, DE LO CIVIL O DE LO MERCANTIL, PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO

En la espera de que el Supremo se posicione sobre el particular (lo que no hizo tras inadmitir a trámite el recurso a través del Auto de 30 de septiembre de 2014) entrando en el fondo de asunto de los recursos de casación planteados por las empresas con quienes las entidades, nos consta, están negociando para que sean retirados¹⁰⁸, ha surgido un nuevo debate en la jurisprudencia menor en torno a determinar si son los Juzgados de Primera Instancia (de lo Civil) o los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de esta pretensión. Sobre el particular, existen, hasta el momento tres posturas.

(1.^a) La primera línea jurisprudencial estima la competencia de los *Juzgados de Primera Instancia*, de lo Civil, cuando en la fundamentación jurídico-

legal que se acompañe en la demanda se alegue el Código Civil (en base a la acción por vicio de consentimiento)¹⁰⁹ o la legislación de defensa de consumidores y usuarios (en base a los artículos 82 y sigs. de la LGCDYU¹¹⁰). También se estiman competentes estos juzgados cuando se acumulen a la acción principal de nulidad¹¹¹ lo que suele ser usual en la práctica), otras acciones, como por ejemplo, la acción de nulidad por abusividad, la dación en pago¹¹² o a la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas o de indemnización de daños y perjuicios (acciones, que insistimos, suelen ser acumuladas cuando se presenta la acción por vicio de consentimiento como acción principal). De esta forma se evita que por vía de acumulación se llegue a atribuir una competencia desproporcionada o desmedida a los Juzgados de lo Mercantil, pues no parece que fuera ese el propósito buscado por el legislador al atribuirles la competencia en el artículo 86.ter, apartado 2 LOPJ en virtud del cual, «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

(2.^a) La segunda línea jurisprudencial estima la competencia de los *Juzgados de lo Mercantil*, cuando la fundamentación jurídica de la pretendida acción se base en las previsiones contenidas en los artículos 8 y 9.1 de la LCGC que regulan la acción individual de nulidad (hipótesis que siempre se dará cuando del actor sea un empresario) aún cuando en la demanda se invoque la nulidad de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual contenidas en los artículos 1300 y concordantes del Código Civil o la normativa de protección de los consumidores en la medida en que tales argumentaciones legales quedarían embebidas en esos artículos 8 y 9 de la LCGC¹¹³.

(3.^a) La tercera línea jurisprudencial, intermedia, entiende que lo esencial es analizar la concreta pretensión (*causa pretendi*) ejercitada así como la argumentación jurídica en que se fundamenta la demanda; de tal manera que si se basa la demanda en el control de transparencia, por incumplir el artículo 5 de la LGCC, la competencia será *del Juzgado de lo Mercantil*, pero si se ejercita una acción de nulidad por vicio en el consentimiento, al amparo del CC o por abusividad de la cláusula suelo o techo, al amparo de la LGCYU, la *competencia será del Juzgado de Primera Instancia*. Este es el sentir de prácticamente la mayor parte de la jurisprudencia menor, tal y como se advierte en los Autos de la AP Barcelona, Sección 17.^a, de 15 y 21 de enero de 2015¹¹⁴, AP de Salamanca de 9 de diciembre de 2014¹¹⁵ y de la AP Huelva, Sección 2.^a, de 1 de octubre de 2014¹¹⁶. En este último Auto se dice, con acierto a nuestro entender, que aunque en principio hay tres acciones con vocación colectiva, cuyo conocimiento se le atribuye por ley a los Juzgados de lo Mercantil, que son la acción de cesación¹¹⁷, la acción de retracción¹¹⁸ y la acción declarativa¹¹⁹, «sin embargo no puede olvidarse que la LCGC en su artículo 8 también contempla

la posibilidad de poder ejercitar acciones referidas a las condiciones generales de manera individual, bien en el caso de los profesionales aplicando la legislación de la nulidad contractual y en el caso del profesional y consumidor, aplicando la legislación de consumo para caso de abusividad, lo que hace que una cláusula contractual pueda ser a la vez condición general en tanto que aplicada a una pluralidad de contratos por una de las partes, que no por ello tiene que ser nula, sino cuando contraviene lo dispuesto en la Ley y también cláusula abusiva, por cuanto que causa desequilibrio al consumidor que sea parte en un determinado contrato. En cualquier caso el Órgano judicial debe hacer respecto a la condición general un doble análisis de incorporación de la condición general y de contenido, teniendo en cuenta el carácter del adherente, esto es, que sea profesional o consumidor, sin olvidar tampoco el tipo de acción, eso es, colectiva o individual. Teniendo en cuenta lo anterior... A fin de resolver las dudas que pueden plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejercita en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia, por cuanto que la realidad práctica nos lleva a dilucidar en los Juzgados multitud de demandas como las que nos ocupan referidas a contratos de préstamo con garantía hipotecaria, además de otro tipo de contratos con entidades financieras en los que de manera general se citan como fundamento jurídico de la pretensión la vulneración de la LCGC y de multitud de normas generales referidas a la parte general de obligaciones y contratos, así como a la normativa de consumidores y usuarios, pidiendo la nulidad de una determinada cláusula del contrato o la resolución/nulidad completa del mismo por infracción de normas contractuales, que no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo Mercantil¹²⁰. En este sentido, siendo el demandante, adherente empresario¹²¹, los Juzgados competentes para conocer de dicha pretensión, creemos, han de ser los Juzgados de lo Mercantil en tanto en cuanto les resulta de aplicación la LCGC y no el TR-LGDCU en la medida en que no reúnen la cualidad de ser consumidores, tal y como hemos visto.

V. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES. ¿TAMBIÉN EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS?

1. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN EUROPA. ¿UN MODELO A SEGUIR?

En Europa, en particular, en Alemania, Francia e Italia, el legislador no ha dudado en extender, de manera explícita, el control de abusividad a la contratación entre empresas. Los textos europeos de referencia también han considerado oportuno regular el «control de abusividad» en la contratación entre

empresarios/profesionales. En la Propuesta de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea¹²² se impone con carácter obligatorio, en el caso de acogerse a esa normativa común de compraventa, para el caso en el que participe una pyme.

En este sentido, dispone el artículo 86 CELS, que: «1. Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual. 2. A efectos de la presente sección, a la hora de evaluar si una cláusula contractual resulta abusiva, deberá atenderse a: (a) la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; (b) las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; (c) el resto de las cláusulas contractuales; y (d) las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa». En este sentido, advierte este último artículo que, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si: (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente y, (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual; lo que significa que el control de contenido rige, en general, para las cláusulas no negociadas individualmente (es decir, rige también, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción)».

A este instrumento opcional (CESL) aplicable tanto a las condiciones negociadas como a las que derivan de condiciones generales de la contratación pueden acogerse libremente las partes. A través de este instrumento opcional se le ofrece a los comerciantes que cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas que apuesta por un control de abusividad en la contratación con condiciones generales y negociadas entre empresas cuando intervenga una pyme¹²³. De manera algo menos ambiciosa y ciñéndose a la contratación, con condiciones generales, el Draft Common Frame of Reference¹²⁴, los Principles of European Contract Law¹²⁵ y los Principles of the Existing EC Contract Law¹²⁶ optan, también, por regular un control de abusividad en la contratación entre empresarios. El artículo II.-9:405 DCFR, un texto de carácter más restrictivo que el Reglamento Europeo de compraventa¹²⁷ pero más casuístico que los PECL (art. 4:110) y los Principios ACQP (art. 6:301), opta por establecer una regulación de las cláusulas abusivas no solo aplicable a las relaciones contractuales entre un empresario y un consumidor sino, también, a las relaciones contractuales entabladas entre no empresas (art. II.-9:104), y entre empresas (art. II.-9:105), lo que, de entrada nos parece un acierto¹²⁸.

El avance significativo que supone la regulación de estos textos de referencia respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno¹²⁹ nos anima a invitar «repen-

sar» el control de contenido, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresas. Y es que, aunque es muy probable que a nivel europeo las grandes empresas que contratan con pymes o autónomos (en la medida en que tengan libertad, que la tienen, para escoger derecho aplicable en sus contratos (pues el CESL es un instrumento opcional) no escogerán el instrumento opcional si quieren evitar un control del contenido de sus cláusulas contractuales¹³⁰ la medida propuesta demuestra una importante sensibilidad a favor de las pymes (trasladable, por supuesto, a las microempresas y a los autónomos) sobre la que, creemos, merece la pena reflexionar reabriendo el clásico debate doctrinal relativo al control de abusividad en la contratación entre empresas.

2. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN ESPAÑA

En nuestro país a diferencia de lo que sucede en Europa (como más adelante comprobaremos), la doctrina y la jurisprudencia, durante más de una década, ha permanecido dividida a la hora de determinar si existe o no un control de contenido específico, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresarios/profesionales.

Aún conscientes de que tras la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013 se aclaró que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad/precio¹³¹; nos hemos propuesto reabrir el debate, clásico ya, acerca del control de contenido en la contratación entre empresarios lo que nos permitirá aclarar que a pesar de que hoy por hoy, con la ley en la mano (y la aplicación jurisprudencial que de ella viene haciendo el Supremo y la jurisprudencia menor), los empresarios no son consumidores nos preguntamos si sería oportuno «repensar», a la luz de los textos europeos de referencia, el control de abusividad en la contratación entre empresarios¹³².

Un debate que divide a nuestra doctrina en tres posturas: (1) quienes niegan, con rotundidad, siguiendo la opinión de José María MIQUEL GONZÁLEZ¹³³, que exista un específico control de contenido entre empresas amparados en que no fue esa la opción de política legislativa¹³⁴ (aunque han confesado que hubiera sido lo deseable y que esa es su propuesta de *lege ferenda*¹³⁵), (2) quienes proponen que se aplique, por analogía, un control de contenido específico propio de la contratación con consumidores (una opción que tampoco nos convence en la medida en que no existe laguna legal sobre el particular¹³⁶); (3) los hay como Rodrigo BERCOVITZ que interpretan, con enorme acierto a nuestro modo que el artículo 8.2 LCG¹³⁷ «... se limita a destacar (o recordar) como un caso “particular” de condiciones generales abusivas (y, consecuentemente, nulas) las

de la lista de la disposición adicional primera LCGU, que lógicamente se aplican solo a los contratos en que intervengan consumidores... No comprende en dicho “recordatorio”, del que quedan excluidos los contratos entre profesionales, la definición general de la cláusula o condición general abusiva contenida en la primera frase del artículo 10 *bis*. 1, párrafo 1.º, que será válida también para dichos contratos entre profesionales...».

La diferencia pretendida entre el control de abusividad entre consumidores y empresas, dice este autor «... no es la de circunscribir el concepto de condición general abusiva a los contratos de consumo o el de utilizar un concepto de dicha figura distinto según nos encontremos o no en el campo de la contratación de consumo. La voluntad y preocupación de nuestro legislador se limita a marcar las diferencias en la no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera de la LGDCU... Si los propietarios pueden ser *débiles* para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación, lo serán también para merecer un control de contenido»¹³⁸. En la espera de que nuestra doctrina, también el legislador europeice nuestro derecho de contratos valorando la idoneidad de incorporar el control de abusividad en la contratación entre empresarios, pasemos a analizar, para terminar, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras la declaración de nulidad. Otra cuestión sobre la que ha debatido la jurisprudencia menor.

VI. LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA SUELO NULA

Recuperar o no las cantidades indebidamente cobradas a tenor de la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia, y consiguiente abusividad, por vicio de consentimiento o por no superar el control de abusividad (cuando el adherente sea un consumidor) divide a los tribunales de toda España (también a la doctrina) en opiniones enfrentadas en favor y en contra. Tras la primera sentencia (STS de 9 de mayo de 2013) en la que, según algunos juzgados y Audiencias Provinciales, el Supremo sostiene la «novedosa tesis» relativa a la nulidad sin efecto retroactivo (defendida al hilo de una acción de cesación colectiva) y tras la segunda sentencia resuelta al hilo de ocho acciones individuales de nulidad (STS de 8 de septiembre de 2014, fruto de ocho acciones individuales de nulidad) en la que el Supremo guarda silencio sobre este extremo por un defecto procesal en la demanda (*ex art.* 219 LEC¹³⁹), continúan siendo muchas las dudas y pocas las certezas acerca de si la clásica regla, «Quod nullum est nullum effectum proderit», había sido puesta en tela de juicio por el Supremo o no.

Hasta el que Supremo no se ha posicionado, como acaba de anunciar que hará al cierre de este trabajo, en un comunicado el pasado 25 de abril de 2015, en virtud de una Sentencia dictada en Pleno pendiente de redacción aclarando

las dudas que en la jurisprudencia menor existían acerca de si procedía o no declararse la retroactividad de la nulidad de la cláusula y hasta qué momento, la jurisprudencia menor se debatía en torno a determinar tres momentos posibles: (a) hasta la fecha de la firma del contrato, (b) hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013, y, (c) hasta fecha de la interposición de la demanda de nulidad de la cláusula suelo. El caos reinante en la jurisprudencia menor era, cuanto menos, alarmante, indeseable e improcedente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Frente a quienes consideraban, tras la STS, en Pleno, de 9 de mayo de 2013 y STS, en Pleno, de 22 de febrero de 2015 que (1) tras la STS de 9 de mayo de 2013 existía la «novedosa tesis de la nulidad sin retroactividad» — una tesis que cuenta hoy día con firmes adeptos a nivel judicial¹⁴⁰ y doctrinal (fundamentalmente entre quienes defienden el carácter lícito y transparente de la cláusula suelo y sostienen la congruencia del fallo¹⁴¹ o quienes comprenden que fueron exigencias de seguridad jurídica las que justifican el modo de actuar del Supremo^{142, 143} —, (2) cada día eran más numerosos los Juzgados de Primera Instancia¹⁴⁴ y las Audiencias Provinciales¹⁴⁵ que parecían estar dispuestas a aplicar la clásica regla de la nulidad con efecto retroactivo obligando a las entidades financieras a devolver a sus clientes todas las cantidades de dinero percibido por las cláusulas anuladas. Avalan esta posición, que compartimos¹⁴⁶ gran parte de la doctrina que califica el fallo del Tribunal Supremo como «singular»¹⁴⁷, «cuestionable»¹⁴⁸ y, hasta cierto punto «reprochable»¹⁴⁹.

Tal y como advertimos, en su día, la «prudencia» con la que pretendió actuar el Supremo no justifica el desconcierto creado en la jurisprudencia menor. El modo de actuar de los tribunales de instancia y las Audiencias Provinciales, dispuestas a sostener criterios «rebeldes»¹⁵⁰ está más que justificado. Nos resulta sorprendente y tremendamente injusto que en un tema que afecta al bolsillo del consumidor o empresario se obtenga una justicia a la carta, o del criterio del juzgado que toque o del de la Sala. Un hecho que, además, está sirviendo de incentivo a las entidades financieras para que sigan con sus prácticas. Aprovechando el revuelo y el desconcierto creado en la jurisprudencia menor, hasta el momento, las entidades financieras lo tienen meridianamente claro: prefieren arriesgarse a ser demandadas antes que actuar de oficio eliminando las cláusulas suelo de los contratos hipotecarios. Aún peor. Están ofreciéndonos contratos privados con los que asegurarse, al menos durante uno o dos años, la aplicación de la cláusula suelo (eso sí, contando con el cliente, con la empresa o con el consumidor). La inseguridad jurídica está garantizada y con ella las entidades de crédito están ganando por goleada. Algo que, estamos seguros, en absoluto pretendió ni el Supremo ni el legislador.

Una vez sentada la regla de la retroactividad en muchos juzgados en lo que no lograban llegar a sostener un criterio unánime era a la hora de determinar¹⁵¹ si los efectos de la declaración de nulidad han de retrotraerse *hasta la fecha de perfeccio-*

namiento del contrato, hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013 o hasta la fecha de interposición de la demanda de restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Este es ahora el «nuevo debate» que divide a la jurisprudencia menor.

(1.^a) La posición que podríamos llamar mayoritaria en este sentido, es la que defiende que los efectos que produce la nulidad de la cláusula suelo han de retrotraerse hasta la *fecha de perfeccionamiento del contrato* en el que se incorporó dicha cláusula. La primera Audiencia Provincial que se plantea el tema, que conozcamos, y que resolvió en este sentido fue la de AP Álava¹⁵² a la que siguieron en este criterio, la de Ciudad Real¹⁵³, Barcelona¹⁵⁴, Alicante¹⁵⁵, Madrid¹⁵⁶, Asturias¹⁵⁷, Málaga¹⁵⁸, Albacete¹⁵⁹, Murcia¹⁶⁰, AP Huelva¹⁶¹, AP Ciudad Real¹⁶², AP Jaén¹⁶³, Murcia¹⁶⁴, Asturias¹⁶⁵, Pontevedra¹⁶⁶ y Valencia¹⁶⁷. En todas ellas se declara conforme a derecho que una vez declarada la nulidad de la «cláusula suelo» contenida en un contrato de préstamo hipotecario procede condenar a la entidad financiera demandada a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de la misma, así como a la devolución de todas las demás cantidades que aquel haya pagado de más por la aplicación de las referidas cláusulas suelo, más sus intereses legales, hasta la fecha de resolución definitiva del pleito (en algunas incluso, a favor de las empresas).

(2.^a) Cada día son más, sin embargo, las resoluciones judiciales en las que se considera que la nulidad declarada no tiene efectos retroactivos; lo que da pie a que los jueces y magistrados concedan la restitución de las cantidades indebidamente cobradas atendiendo a distintos criterios: a) Algunos juzgados determinan, con acierto, que los *efectos de la nulidad se retrotraigan hasta la fecha en que se dictó la STS de 9 de mayo de 2013*. Es lo que se conoce con el nombre de «retroactividad prospectiva». Una tesis que, a día de hoy, está teniendo cada vez más adeptos¹⁶⁸ en los Juzgados de Primera Instancia¹⁶⁹. b) Otros juzgados y Audiencias Provinciales, por el contrario, proponen que se restituya la devolución de las cantidades indebidamente cobradas retrotrayendo los efectos de la nulidad a la fecha de la interposición de la demanda judicial (criterio que ha sido sostenido en las Audiencias Provinciales de Granada¹⁷⁰ y en Córdoba¹⁷¹).

El Supremo, en Pleno, pone fin al debate que divide a la jurisprudencia menor (antes radiografiado) concluyendo que las entidades financieras que sean condenadas a reintegrar las cantidades cobradas por cláusulas suelo abusivas, deberán devolver dichas cantidades (solo) a partir de 9 de mayo de 2013 (fecha de la primera sentencia con la que el supremo sentó doctrina jurisprudencial sobre nulidad por falta de transparencia). Tras este fallo judicial se despejan muchas

de las dudas que enfrentaban a la jurisprudencia menor en torno a determinar si tras la nulidad procede retrotraer las cantidades indebidamente cobradas y hasta cuando. Mucho nos tememos, sin embargo, que tras aclarar y despejar tales dudas surgirán otras nuevas, como, por ejemplo, la relativa a determinar si es adecuado o no el momento fijado a la luz de los clásicos efectos de retroactividad de la acción de nulidad, si esta doctrina jurisprudencial (recientemente dictada) resulta sólo de aplicación a las cláusulas suelo incorporadas en préstamos hipotecarios concertados por las entidades de crédito condenadas por falta de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013¹⁷² o en la STS de 22 de febrero de 2015¹⁷³ o, por el contrario resulta de aplicación sea quien se el predisponente. Dicho con otras palabras, tras este último fallo judicial, se estimará el efecto de cosa juzgada material (ex art. 222 LEC) —denegado en la SAP Álava, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2015 y SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, de 30 de enero de 2015— o no?

Tras la STS, núm. 138, de 25 de marzo de 2015 (cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ. Sentencia que resuelve el recurso de casación de una acción colectiva de cesación de uso de condición general que establece una cláusula suelo por falta de transparencia (emitiendo voto particular el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), se fija como doctrina jurisprudencial, respecto de los efectos ex tunc de la nulidad, de la cláusula suelo que: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013», numerosa y contradictoria ha sido la jurisprudencia menor en torno a esta cuestión.. Es por ello que no ponemos un punto y final a este trabajo de investigación sino un punto y seguido. En el siguiente trabajo, ya aceptado y pendiente de publicación (en esta misma Revista) analizaremos, con el detenimiento que merecen, los argumentos expuestos en favor y en contra de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (argumentos que han enfrentado en estos dos últimos años a la jurisprudencia menor) confiando que el Supremo se posicione acerca del tema de fondo que aquí hemos tratado y en torno a los muchos debates que hoy dividen y enfrentan a la jurisprudencia menor y sobre los que hemos tratado de tomar parte.

VIII. CONCLUSIONES

I. En el fenómeno de la *contratación en masa* —una contratación diferente al contrato por negociación— al que se someten y *adhieren* no solo los

consumidores sino los empresarios [autónomos (profesionales), microempresas y pymes]; el juicio acerca de cumplir los estándares de información y transparencia se traslada del *adherente* (persona física o jurídica), al *predisponente* (entidad financiera) a quien se le exige, sea quien sea con quien contrate (consumidor o no) que cumpla con el principio de equilibrio contractual logrando que la condición general (en nuestro caso, la cláusula suelo), resulte transparente desde el punto de vista real (y no, meramente gramatical o literal).

II. En la contratación, con condiciones generales, la abusividad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista. El abuso o la oscuridad de la cláusula suelo obedece a la posición de dominio del predisponente (entidad financiera) frente al adherente (sea o no consumidor, persona física o jurídica).

III. Determinar si resulta o no de aplicación el *control de transparencia* en la contratación, con condiciones generales, desarrollado por la doctrina jurisprudencial de la Sala primera del Supremo (en SSTS de 9 mayo de 2013, 8 de septiembre y 15 de abril de 2014) y corroborada por el TJUE (en Sentencia de 30 de abril de 2014), a las empresas (es decir, a los trabajadores autónomos, microempresas y pymes) constituye un tema importante que exige un pronunciamiento expreso por el supremo o del legislador. Entre tanto no se produzca, encontramos en la STS de 9 de mayo de 2013 (en los puntos 139, 140, 201, 211) y en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación los argumentos legales necesarios para entender que sí resultan de aplicación los art. 2, 5, 7, 8 y 9 de LCGC, tal y como ha venido siendo interpretado por parte de alguna jurisprudencia menor.

IV. *El control de abusividad* en la contratación, con condiciones generales, entre empresas convence en Europa. Especialmente cuando en este tipo de contratación interviene una pyme, en nuestra opinión, tiene mucho sentido. Siguiendo estos modelos europeos de referencia podemos encontrar fundamentos jurídicos sólidos para europeizar nuestro derecho de contratos. El avance significativo respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno que suponen el CESL, el DFCR, los PECL, y los Principios ACQUIS unido a encontrar la interpretación más correcta del artículo 8.1 LCGC nos animan a que es conveniente «repensar» el control de abusividad entre empresarios si estamos dispuestos a europeizar nuestro derecho de contratos.

V. La esperada posición del Supremo sobre la retroactividad de la declaración de nulidad por defecto de transparencia, dictada en Pleno, por la STS anunciada los pasados 24 y 25 de marzo de 2015, en virtud de la cual se zanja el debate abierto en la jurisprudencia menor en torno a determinar el momento al cual retrotraer dicha declaración de nulidad, concluyendo que las entidades financieras que sean condenadas a reintegrar las cantidades cobradas por cláusulas suelo abusivas, deberán devolver dichas cantidades (solo) a partir de 9 de mayo de 2013 (fecha de la primera sentencia con la que el supremo sentó

doctrina jurisprudencial sobre nulidad por falta de transparencia) zanja dudas clásicas pero abre otras nuevas.

VI. Es necesario que el Gobierno ofrezca una segunda oportunidad no solo a los autónomos sino, también, a las personas físicas no empresarias sobreendeudadas, y atienda las particularidades que presentan las microempresas y las pymes. Numerosos países de nuestro entorno ya lo han hecho. Resulta imprescindible «aprehender» de estas experiencias europeas si se desea acometer de manera estructural, no coyuntural, la reforma del CC (art. 1911 CC y 1964 CC), la Ley Concursal (reformándose los arts. 178, apartado 2 y sigs.), la Ley de Enjuiciamiento Civil (los arts. 579.2, letra a), 671, y 682), la Ley Hipotecaria (art. 129.2), y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero a favor de un crédito responsable y la Ley de Emprendedores de 2013 y la Ley 1/2013, de 14 de mayo de deudores hipotecarios.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2013). ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales. Núm. 6, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/312/290>.
- ALBIEZ DOHRMAN, K. J. (2009). *La protección jurídica de las empresas en la contratación con Condiciones Generales de la Contratación*, ed., Aranzadi, S.A., Navarra.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, Madrid.
- (1997). El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 1997.
- (2000). El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas, *RJC*, pp. 14 y sigs.
- (1998). Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. *Anuario jurídico de La Rioja*, ISSN 1135-7096, núm. 4, 1998, pp. 53 y sigs.
- ALMAGRO NOSETE, J. (2013). Un auto «pionero», abierto a grandes horizontes (Ejecución hipotecaria inmobiliaria), *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Columna, 22 de mayo, pp. 1-8.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2015). Nulidad de juicio de desahucio por tener la hipoteca tres cláusulas abusivas, disponible en www.notariosyregistradores.com.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Elcano, Navarra, pp. 265-266.
- (2006). Cláusula de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares Laso, ed., Tecno, Madrid, pp. 296-297.
- (1999). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Aranzadi, Madrid, pp. 143 y sigs.

- BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2009). Comentario al artículo II.-904 DCFR, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (dir.) Antonio VAQUER ALOY, ed., Esteve BOSCH CAPDEVILA, p. 662, nota p. 536.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación, *RCDI*, núm. 742, 2024, pp. 413-460.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 129.
- (2013). No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia, *Revista Cesco 2013*, disponible en blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO.pdf.
- (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*, Navarra, 2006, p. 123.
- CANO SALLARÉS, M.^a P. (2013). La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, p. 120.
- CUENA CASAS, M. (2015). Una segunda oportunidad ¿solo para empresas?, blog 14 de enero, en <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresas/>
- CARMELO LLOPIS, J. (2015). La cláusula suelo en novaciones y subrogaciones: nuevos criterios jurisprudenciales, de 16 de febrero de 2015, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog>.
- (2014). Cláusulas suelo en las escrituras de subrogación real y novación, post publicado el 14 de octubre, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/144/73/las-clausulas-suelo-en-las-escrituras-de-subrogacion-y-novacion>.
- CARRASCO PERERA, Á. (2015). Algunos consejos para hacer bien las cosas en la praxis administrativa de consumo relativa a la imposición de sanciones por inclusión de cláusulas abusivas, *Revista Cesco*, fecha de publicación, 20 de febrero de 2015, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Algunos-consejos-para-hacer-bien-las-cosas-en-la-praxis-administrativa-de-consumo-relativa-a-la-imposicion-de-sanciones-por-inclusion-de-clausulas-abusivas.pdf>.
- (2014). Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación, Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-clausula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casacion.pdf>.
- CARRASCO PERERA, Á., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen (2013). La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.
- DEL OLMO GARCÍA, F. (2013). La financiación tradicional de las Pymes en España: un análisis en el marco de la Unión Europea, Instituto Universitario de Análisis económico y Social Documento de Trabajo, julio de 2013, pp. 1-23. Disponible en www.uah.es/iaes/publicaciones/DT_07_13.pdf.
- DE CASTRO, F. (1975). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed., Civitas, Madrid.

- DE LA RICA, J. R.: Relativo a desahucios, no olviden a las pymes, en <http://www.joseramonriera.es/blogjrr/2012/11/16/desahucios-no-olviden-a-las-pymes/>.
- DE PUIG MATEU, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5. Septiembre. 157-162.
- DÍEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN (1996). *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ed., Cizur Menor, p. 30.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, ed., Bosch.
- GETE ALONSO, M. C. (1999). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (dir. ARROYO-MIQUEL) (1999), ed., Técnos, Madrid, pp. 86 y sigs.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2015). Sobre las Cláusulas Abusivas en los préstamos hipotecarios, disponible en http://www.registradores.org/ca/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23173.
- (2014). La garantía hipotecaria: presente y futuro tras la STJUE de 13 de mayo de 2013 y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias (2014): un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 917-949.
- GÓMEZ POMBAR, F., y CELENTARI, M. (2013). Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores, en *Indret*, 4, p. 3, disponible en www.indret.com/pdf/editorial_cast_4.2013.pdf
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen (2014). La falta de transparencia en la segunda STS sobre Cláusula Suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular), *Revista CESCO*, fecha de publicación, 6 de noviembre de 2014.
- (2014). Cláusula Suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio existe una vista que garantiza la contradicción de las partes (STS 13 de octubre de 2014, MP SR. SANCHEZ GARRARDOS, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 21 de noviembre.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, (Dir. NIETO CAROL), Valladolid, pp. 161-162.
- MARTIN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf
- MÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Coord., Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL) (2012). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, S.L., Madrid.
- MIQUEL, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. AURELIO MÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), ed., Civitas, SL, Madrid. pp. 428 y sigs.
- ORDUÑA MORENO, J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 parte (Comentario). Aranzadi, Pamplona, 2013.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. ed., Marcial Pons.

- (2013). De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato. *Revista Derecho de los negocios*, núm. 24, pp. 7-25.
- PASCUAL BROTON, C. C. (2015). Efectos de la comunicación del inicio de negociación previa al concurso en la ejecución hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8484, Sección Doctrina, 19 de febrero, Ref. D-61, Editorial La Ley.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a los artículos 9 y 10 de la LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), ed., Aranzadi, Madrid, pp. 271-309.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*. Ed., Aranzadi, S.A.
- (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Revista La Ley*. 5138. *Diario la Ley*. núm. 8154, 23 Sep. 2013, p. 5.
- PLAZA PENEDÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8112, Sección Doctrina, 25 de junio.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (1999). Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología. *AC*, p. 1646.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999). El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, pp. 88 y sigs.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). La contratación bajo condiciones generales de la contratación frente a la contratación por negociación. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad: análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores. *Diario La Ley*, núm. 8333, 2014.
- (2013). 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. *Actualidad Civil*, 29 de mayo. *Diario La Ley*, núm. 8092.
- (2013). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11. *Diario La Ley*, núm. 8081.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). El Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario, *Revista REDES*, núm. 4.
- (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (Pyme, emprendedores y trabajadores autónomos), Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33-81.
- (2014). ¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?, en *Homenaje a José María Miquel González*, Coordinados por D. José Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, SA. Madrid. pp. 3192-3221.
- (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto. pp. 2329-2352.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (2014). *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SERRANO NICOLÁS, Á. (2013). Dos leyes de apoyo a los emprendedores, *Revista La Notaría*, núm. 3, p. 3.
- VALERO FERNÁNDEZ REYES, Á. (2015). Hipotecas y Cláusulas abusivas, disponible en http://cincodias.com/cincodias/2015/01/30/economia/1422635107_595475.html.
- VAQUER ALOY, A. (2006). *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*. Ed., Esteve Bosch Capdevila.
- VICENTE CHULIÁ, F. (2013). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista La Notaría*, 3/3013. pp. 36-71.
- VICENT CHULIÁ, F., en U. NIETO CAROL (2000). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid. pp. 396 y sigs.

NOTAS

¹ A los efectos que aquí nos interesa aclarar, adoptaremos la definición que sobre microempresas, pequeñas y medianas empresas ofrece la Circular 34/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, en lo que respecta a la definición de pequeñas y medianas empresas (Publicada en el *BOE* de 12 de octubre) adaptándose a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003. *Vid.*, la interpretación jurisprudencial propuesta por el TJUE, Sala Séptima, sobre la vinculación de las empresas, en Sentencia de 27 de febrero de 2014.

² A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «trabajador autónomo» aquellas personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, afiliados a alguno de los regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social que no están integrados en sociedades mercantiles, cooperativas ni en otras entidades societaria (Conforme a la definición que ofrece el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo).

³ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «microempresa», aquella que cuente con menos de 10 trabajadores, que facture menos de 2 millones de euros y que disponga en su balance general de menos de 2 millones de euros. En respuesta a la crisis, han nacido muchas microempresas en España por lo que gran cantidad de personas que se encuentran en situación de desempleo se plantean la posibilidad de hacerse autónomos o emprendedores, y el primer paso para estos últimos puede ser una microempresa.

⁴ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «empresa pequeña», aquella que cuente con menos de 50 trabajadores, facturen menos de 10 millones de euros y disponga en sus balances de menos de 10 millones.

⁵ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «empresa pequeña», aquella que cuente con más de 250 trabajadores, facture un volumen de negocios igual o superior a 50 millones de euros y disponga en su balance general de resultados de menos de 43 millones de euros.

⁶ Compartimos la opinión de F. VICENT CHULÁ (3013). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles, *Revista La Notaría*, núm. 3, pp. 38 y sigs., para quien, «La unificación terminológica bajo el término emprendedores sustituye (al parecer, con ventaja), a «las pymes y los autónomos», «empresarios», «profesionales», «trabajadores autónomos», «microempresas», «jóvenes trabajadores por cuenta propia» y «operadores del mercado» (a estos se refiere la Proposición de Código Mercantil

de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013, PCM)» —a lo que añade— «Aunque quizás sería mejor la unificación bajo el término empresa (empresa/sujeto), que hallamos consolidado en el Derecho de Defensa de la Competencia, en el Derecho Mercantil Contable y en el Derecho Laboral, en ocasiones recogido en la misma LAEI. Al introducir la LAEI, el Título X LC, en su artículo 231.1, se refiere al «empresario persona natural» y precisa que «a los efectos de este Título, se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos», sin atreverse a emplear aquí el término emprendedor».

⁷ Según los datos publicados por Eurostat en 2013, en nuestro país las medianas y grandes empresas representan un 0,7% y un 0,1% respectivamente sobre el total. Si lo comparamos con el resto de países de nuestro entorno económico, podemos observar que el tejido empresarial de Italia y Portugal es parecido al de España. En Alemania y Reino Unido el peso de las pequeñas y medianas empresas (pymes) es superior al del resto de países que se han tomado como referencia con un 16,3% y un 10% respectivamente, frente al 6% de España. Asimismo, el porcentaje de grandes empresas es notablemente superior en el caso de Alemania y Reino Unido con un 0,5% y un 0,4% respectivamente (véase cuadro 1). Disponible en <http://circulodeempresas.org/es/blog/entrada/el-tejido-empresarial-espanol/sthash.6hPjOFIE.dpuf>.

⁸ Sin ánimo exhaustivo, *vid.*, entre otras, las sentencias en las que se ha estimado la acción de nulidad de la cláusula suelo en contratos celebrados por consumidores acogidos a la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo: SAP, Sección 4.ª, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, SAP Málaga, Sección 6.ª, de 12 de marzo de 2014, SAP Palencia, Sección 1.ª, Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de marzo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 27 de febrero 2014, SAP Burgos, Sección 2.ª, de 28 de enero 2014, SAP Badajoz, Sección 3.ª, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, Sección 5.ª, de 8 de enero de 2014, SAP Granada, Sección 3.ª, de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.ª, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013, SAP Madrid, Sección 25.ª, de 18 de septiembre 2013, SAP Murcia, Sección 4.ª, de 12 de septiembre de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.ª, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.ª, de 12 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.ª, de 9 de julio de 2013, SAP Córdoba, Sección 3.ª, de 18 de junio y SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 13 de mayo de 2013.

⁹ Para llevar a cabo el control notarial se ha creado un Órgano de Control de Cláusulas Abusivas y ha puesto a disposición una página web para informar a los ciudadanos sobre cláusulas abusivas, en la que los ciudadanos podrán consultar, entre otras cuestiones, cuáles han sido declaradas como tales por ley o por sentencia judicial y la lista de resoluciones dictadas por los tribunales o la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) sobre esta materia. La página web puesta en marcha por el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) del Consejo General del Notariado (<http://www.occa.notariado.org>) dispone también de un enlace directo con el Registro de Condiciones Generales, a fin de facilitar el acceso y consulta del mismo por los particulares. Asimismo incluye información específica sobre los medios al alcance de los notarios para proteger jurídicamente los derechos de los consumidores y sobre los servicios notariales útiles para este fin. Para más información, http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=8005292.

¹⁰ El *control preventivo* realizado recientemente ha recibido un espaldarazo por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras la Resolución de 3 de octubre de 2014. Una Resolución inspirada en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, de 14 de marzo de 2013 y de 3 de julio de 2014. En opinión que compartimos de Javier GÓMEZ GÁLLIGO (2015), «Sobre las Cláusulas Abusivas en los préstamos hipotecarios», disponible en http://www.registradores.org/ca/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23173, «los registradores pueden y deben rechazar aquellas cláusulas que sean contrarias a preceptos imperativos o prohibitivos, o hayan sido declaradas nulas por sentencia firme».

¹¹ Hoy por hoy, la defensa de los derechos de los consumidores al amparo del marco legislativo de la Unión Europea, en base a la primacía del derecho comunitario, que como ciudadanos, existe, al amparo de nuestra Constitución. Pongamos algunos ejemplos: (1) La STJUE de 21 de enero de 2015, señala que si un juez español declara nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios contenida en un préstamo hipotecario no podrá ordenar el recálculo de los intereses, (2) La STJUE de 14 de marzo de 2014, (3) La STJUE 17 de julio de 2014, (4) la STJUE de 21 de febrero de 2013 y (5) la STJUE de 14 de junio de 2012 (estableció que la cláusula abusiva de intereses de demora en contratos con consumidores está sometida al control jurisdiccional, incluso de oficio, en cuanto a su carácter abusivo y que el juez no puede integrar la cláusula abusiva declarada nula).

¹² El control judicial nacional cuenta, en la actualidad, con una importante y sólida doctrina jurisprudencial a favor de los consumidores, entre la que cabría destacar: (1) las SSTs, Sala 1.ª, de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 15 de abril de 2014 y, la más reciente sobre el control de transparencia y, consiguiente abusividad, de la cláusula suelo y (2) la STS, Sala 1.ª, de 13 de enero de 2015 (en la que matiza la doctrina del enriquecimiento injusto respecto de la adjudicación del inmueble por la propia entidad ejecutante (671) y la continuación de la ejecución por la vía del artículo 579 LEC abriendo nuevas vías de defensa en la continuación de la ejecución hipotecaria prevista por el trámite de dicho artículo y (3) la STS, Sala 1.ª, de 14 de enero de 2015, en virtud de la cual se fija como doctrina jurisprudencial que, «La demanda contra la calificación del registrador o de la registradora formulada en juicio verbal se deberá dirigir contra el registrador o la registradora responsable de dicha calificación y no contra la Administración Pública, la cláusula ha dado un espaldarazo definitivo al colectivo de Registradores de la Propiedad dispuesto a filtrar, con carácter preventivo, las cláusulas abusivas antes de su inscripción tomando en consideración el hecho de que el recurrente era un consumidor».

¹³ Fruto del éxito de la *batalla judicial* librada en favor de los consumidores, el proceso especial de ejecución hipotecaria ha sido objeto de continuos *cambios legislativos* entre los que cabría hacer mención a: (1) la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, (2) la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en virtud de la cual se introdujo una ampliación en el plazo para formular oposición con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución de hipoteca, (3) el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre de 2014, de medidas urgentes en materia concursal, en virtud del cual se adaptó la LEC a las exigencias de otra STJUE de 17 de julio de 2014, se reformó el artículo 795.4 LEC, admitiendo que, también, el ejecutado (consumidor) pudiera recurrir el auto que resuelve la oposición cuando se hubiera alegado la existencia de cláusulas abusivas, y (4) la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en virtud de la cual se prevé la posibilidad de suspender la ejecución hipotecaria bastando que el deudor ponga en conocimiento del juzgado, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; o un acuerdo extrajudicial de pago.

¹⁴ El Código de Consumo catalán ha sido reformado en 2014, como más adelante estudiaremos, para reformar el concepto de persona consumidora dándole cabida a los trabajadores autónomos y a las micro empresas y pymes conforme a la Recomendación Europea de 2003/361/CE.

¹⁵ Sobre el control administrativo-sancionador llevado a cabo en algunas Administraciones Locales, *vid.*, Angel CARRASCO PERERA (2015), «Algunos consejos para hacer bien las cosas en la praxis administrativa de consumo relativa a la imposición de sanciones por inclusión de cláusulas abusivas», *Revista Cesco*, fecha de publicación, 20 de febrero de 2015, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Algunos-consejos-para-hacer-bien-las-cosas-en-la-praxis-administrativa-de-consumo-relativa-a-la-imposición-de-sanciones-por-inclusión-de-cláusulas-abusivas-pdf>.

¹⁶ Sin ánimo exhaustivo, José María FERNÁNDEZ SEIJO (2013), *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias, Una aproximación desde el Derecho comunitario*,

ed., Bosch, Cristina CAROLINA PASCUAL BROTONS (2015) y Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2015), «Nulidad de juicio de desahucio por tener la hipoteca tres cláusulas abusivas», en www.notariosregistradores.com, quien analiza la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia, San Sebastián de 2 de febrero.

¹⁷ La Cámara Oficial de Comercio de la Industria de Ávila ha mostrado su preocupación y rechazo ante la proliferación de desahucios, procedentes en su mayoría de ejecuciones hipotecarias, que las entidades financieras están practicando sobre los locales y las viviendas particulares de empresarios que no pueden afrontar las deudas contraídas a causa de la grave crisis económica que padecemos desde hace años. *Vid.*, Noticia, El Economista, 30/10/2012, disponible en http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/selfbankene14/castilla_y_leon/noticias/4363281/10/12/La-Camara-de-Avila-denuncia-la-proliferacion-de-desahucios-a-pymes-autonomos.html#.Kku82X4cVOnf5mS.

¹⁸ Varias son ya las ocasiones en las que hemos mostrado nuestra preocupación por la difícil situación en la que se encuentran las empresas. La más reciente, al hilo de nuestro trabajo en la obra colectiva fruto del que constituyó el I Congreso Nacional sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias que celebramos en Granada, los días 13, 14 y 15 de mayo de 2013, en el que centramos nuestra atención en los consumidores y no en los empresarios (Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores, También en las empresas (Pyme, emprendedores y trabajadores autónomos), en *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, en Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 33-81). En la presentación de dicha obra hicimos pública nuestra intención de dedicar el que constituirá el II Congreso Nacional sobre «Presente y Futuro del Mercado Hipotecario, La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresas», organizado por la Facultad de Derecho y la Cátedra de Derecho Registral, que se celebrará en Facultad los días 8, 9 y 10 de abril de 2015. La primera ocasión en la que mostramos nuestra preocupación por las empresas fue en: ¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?, en *Homenaje a José María Miquel González*, coords. por D. José Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, SAA, Madrid, 2014, pp. 3192-3221 y Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto 2013, 2329-2352.

¹⁹ En este sentido, *vid.*, Francisco DEL OLMO GARCÍA («La financiación tradicional de las Pymes en España: un análisis en el marco de la Unión Europea», Instituto Universitario de Análisis Económico y Social Documento de Trabajo julio de 2013, pp. 1-23. Disponible en www.uah.es/iaes/publicaciones/DT_07_13.pdf), trata de dar respuesta a la pregunta relativa a si sufren las empresas españolas más que sus homólogas europeas la restricción crediticia y si son los costes relativos a esa financiación un factor que reduce la competitividad de nuestras empresas.

²⁰ En fase de revisión de pruebas advertimos que se han publicado numerosas novedades legislativas parte de las cuales eran esperadas y solicitadas a lo largo de las reflexiones que realizamos en este trabajo de investigación. La primera, y más importante, es la aprobación del RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social («BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2015, páginas 19058 a 19101 (44 págs.)). Una ley a través de la cual se trata de ofrecer una segunda oportunidad a las personas físicas (empresarias o no) o jurídicas que les permita encarrilar nuevamente su vida e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas empresariales tras sufrir un fracaso económico empresarial o personal, sin arrastrar algunas deudas derivadas de esta circunstancia. Para lograrlo, el legislador ha optado, tal y como sospechábamos, por (1) reformar (por tercera vez) la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores (particularmente, de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), (2) ampliar el colectivo protegido por el Código de Buenas Prácticas para

deudores hipotecarios, a quienes se les quitará las cláusulas suelo, (3) prorrogar dos años más la suspensión de los desahucios para colectivos vulnerables (modificando los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (modificando los apartados 1, 2, y 3 del artículo 1, en virtud de los cuales se prorroga dos años mas la moratoria de los lanzamiento y modificándose los parámetros), (4) eximir de representación procesal (procurador) al deudor persona natural en el concurso consecutivo introduciendo una excepción a la postulación procesal regulada en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley Concursal 22/2003, (en la Disposición Adicional tercera), (5) suprimir las tasas judiciales en todos los órdenes e instancias (modificando el art. 4 Ley 10/2012 de tasas judiciales, en virtud del cual quedan exentas las personas físicas y se mantiene la exención en cuantías inferiores a 2.000 euros), e (6) introducir otras reformas de alcance social. Además, el Gobierno ha publicado el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (publicados en el BOE, el 27 de febrero de 2015). En virtud del primero, en la disposición final primera LEC se propone introducir la modificación, anunciada ya, de los plazos de prescripción de los artículos 1964 y 1973 CC. Se propone que las acciones personales prescriban a los cinco años y la interrupción solo lo sea por un año si no se reclama judicialmente. Una reducción temporal que exigirá reflexionar acerca del dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción de la acción (art. 1969 CC). En virtud del segundo Proyecto de Ley anunciado, se modifica el apartado 20 del artículo único del proyecto de ley de reforma de la LOPJ, modifica el artículo 85 de la LOPJ, ampliando las competencias del Juez de 1ª Instancia a los concursos de persona natural (aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015). De estas novedades legislativas (también de la relativa al Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria (publicado en el DOGC de 16 de marzo de 2015), nos proponemos reflexionar en el II Congreso Nacional organizado por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada, sobre “Presente y Futuro del Mercado Hipotecario. La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios”, que se celebraremos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 8, 9 y 10 de abril de 2015 (vid., RCDI núm. 747, pp. 563-567).

²¹ Una Recomendación que ha de ser aplicarse antes del 14 de marzo de 2015. En este sentido, en el considerando 5 de la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 (disponible en <http://www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf>) se establece que el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, regula únicamente las cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia. La propuesta de la Comisión para la modificación de dicho Reglamento debería extender su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios. Sin embargo, la enmienda propuesta no aborda las divergencias entre los procedimientos previstos en los Derechos nacionales.

²² En otros países europeos el fracaso de un emprendedor es visto de forma positiva y no como un freno a su actividad económica. En este sentido, ha afirmado recientemente, el Ministerio de Economía y Competitividad que de esta forma su actividad no quedaría lastrada a futuro y ha puntualizado que estas empresas «pueden fracasar, pero en la siguiente pueden acertar». Para más información. «El Gobierno se muestra a favor de una Ley de segunda oportunidad para autónomos», disponible en <http://www.eleconomista.es/emprendedores-Pymes/noticias/6329805/12/14/El-Gobierno-se-muestra-a-favor-de-una-Ley-de-segunda-oportunidad-para-autonomos.html#Kku8G1D6kNJbk7DL>.

²³ En su informe de 2013, recomienda en el apartado 9 «El desapalancamiento en el sector privado se está produciendo, pero hay margen para suavizar el proceso de ajuste. Aunque cualquier cambio que se contemple no debería poner en peligro la estabilidad financiera, sigue existiendo margen para mejorar el régimen de insolvencia. *Empresarial*. El procedimiento funcionaría mejor eliminando trabas para la pronta refinanciación/reestructuración de empresas viables, agilizando la liquidación de las empresas no viables, fortaleciendo la capacidad de los

juzgados mercantiles y estableciendo un marco que favorezca los acuerdos extrajudiciales para Pymes (p. ej.: mediación). *Personal*. Las autoridades han aplicado un conjunto de medidas para abordar las dificultades financieras vinculadas a las hipotecas de primera vivienda. Deberían considerar progresos adicionales complementando en un futuro estas reformas mediante la introducción (como en otros países del área euro) de un régimen de insolvencia personal, con condiciones estrictas, que preserve la cultura de pago. También ayudaría una mayor información y asesoramiento a personas altamente endeudadas sobre las opciones para abordar sus problemas de deuda» (disponible en <https://www.imf.org/external/spanish/np/ms/2013/061813s.htm>) y en su informe de 2014 advierte que España está a la cola de Europa en materia de segunda oportunidad (disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>).

²⁴ Disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf. En su apartado 6, páginas 33 y 34 recomienda: «1. Regular *ex novo* un procedimiento singular de insolvencia de los particulares o consumidores, independiente del resto de los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico, basado en la cultura del pago y con la previsión de liberación de deudas remanentes, tras la liquidación del patrimonio, siguiendo la recomendación efectuada por el Fondo Monetario Internacional. Para el cumplimiento de este objetivo se recomienda abordar las reformas normativas necesarias en el orden civil, mercantil, administrativo y procesal.

²⁵ Disponible en www.bde.es/f/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevista/BoletinEconomico/14/abril/Fich/be1404-coy.pdf.

²⁶ Es la primera de las 58 conclusiones a las que llegan los jueces Decanos de España, reunidos en la XXIV Reunión Nacional, celebrada en Valencia, los días 1 a 3 de diciembre de 2014 (disponible en <http://www.lexnews.es/wp-content/uploads/2014/12/CONCLUSIONES-D-LA-XXIV-REUNION-NACIONAL-DE-JUECES-DECANOS-DE-ESPAÑA.pdf>).

²⁷ En la actualidad, existe una propuesta del Ministerio de Justicia para regular la segunda oportunidad de las personas naturales impulsada por el Partido Popular, en cuyo programa electoral se señalaba a este respecto, lo siguiente: «Reformaremos la ley concursal para introducir en los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, con las debidas garantías para evitar comportamientos abusivos, mecanismos de liberación de los deudores tras la ejecución del patrimonio embargable». También existía una proposición de ley de segunda oportunidad planteada por el PSOE. Una proposición de Ley contra el Desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia familiar. El objeto de la Proposición de Ley es dar respuesta a una importante demanda social respecto los desequilibrios de fuerzas de nuestro sistema hipotecario en donde el deudor es la parte más débil, que asume las consecuencias de una asunción de riesgos imprudente por parte de las entidades financieras.

²⁸ El propio Ministro de Economía, Luis de Guindos, reconoció, el pasado 15 de diciembre de 2014, que en otros países europeos el fracaso de un emprendedor es visto de forma positiva y no como un freno a su actividad económica, y ha dicho que el Gobierno está dispuesto a traer leyes de segunda oportunidad para los pequeños empresas, que pueden necesitar estas ventanas de posibilidad. Para más información, *vid.*, El Gobierno, a favor de la Ley de segunda oportunidad para autónomos que les alivie deudas, *El Economista*, de fecha 15 de diciembre de 2014, disponible en, <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6328824/12/14/El-Gobierno-a-favor-de-la-Ley-de-segunda-oportunidad-para-autonomos-que-les-alivie-deudas.html#Kku8UTS4FlvRySun>.

²⁹ Desde el Ministerio de Justicia, a través de la Secretaría General Técnica, disponemos ya de un primer borrador de propuesta legislativa para regular la segunda oportunidad de las personas naturales (personas físicas) advierte que: (2) trata de incentivar una política responsable de concesión de créditos, (3) conceder a los trabajadores autónomos que hayan declarado concurso de acreedores tres años para pagar sus deudas, y si en ese tiempo no lo logran, quedarán libres de pagarlas, siempre que un juez lo apruebe, (4) evitar la exclusión social del que fracasa, concediéndole una segunda oportunidad, (5) disminuir la economía sumergida, y (6) acometer cuatro modificaciones legislativas: en la Ley Concursal (reformándose los arts. 178, apartado 2, en la medida en que no ofrece respuesta satisfactoria al drama social que hoy se está viviendo, junto a la reforma, también, del artículo 178. *bis*, 178 *ter*, 178 *quater*

y 179), Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 579.2, letra a), artículo 671, relativo a la subasta sin ningún postor y art. 682), Ley Hipotecaria (art. 129.2) y en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiera.

³⁰ *Diario Expansión*, Madrid, 20/1/15, «Espaldarazo al Emprendedor», Economía trabaja en un «procedimiento de insolvencia para empresas personas físicas» que incorpora un plan de pagos y quitas y esperas con Hacienda y Seguridad Social.

³¹ Las prisas a la hora de legislar no son buenas. Tampoco lo es tratar de cumplir un programa electoral. El hecho de que el Gobierno haya anunciado que: (1) reformará el Código de Buenas Prácticas bancarias para que «un mayor número de familias puedan beneficiarse de sus medidas», (2) permitirá, tras la nueva reforma, que personas (pocas) acogidas al mismo se puedan beneficiar también de una inaplicación definitiva de las cláusulas suelo, (3) prorrogará el plazo para el levantamiento de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de los colectivos especialmente vulnerables (establecida en el artículo 1 de la Ley 1/2013 por un plazo de dos años) —plazo que, como sabemos, vencería el próximo mes de mayo de 2015— y (4) el plazo de duración de los arrendamientos de las viviendas del fondo social, prevista en el Real Decreto-Ley 27/2012 —cuyo plazo máximo se estableció en tres años y que vencería a partir de finales de 2015—. Todo ello pone de manifiesto que en las reformas legislativas el tiempo juega en contra de las soluciones coyunturales con las que, creemos, no deben ser afrontados estos temas tan importantes que afectan al colectivo del que depende la recuperación económica y financiera del país.

³² Compartimos la opinión del Consejo General de Economías (CGE) expuesta en su «Informe sobre Segunda Oportunidad», disponible en, s01.s3c.es/unag/dic/2915-02-11/XXInformeCGE_SegundaOportunidad.pdf. También compartimos la opinión de Matilde CUENA CASAS (2015). «Una segunda oportunidad ¿solo para empresas?», blog 14 de enero de 2015, en <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresas/>, quien plantea la necesidad de ofrecer una segunda oportunidad para consumidores. La autora ofrece argumentos de peso que ponen de manifiesto las diferencias importantes entre consumidores y empresas, y que justifican, por tanto las iniciativas que existen en estos momentos.

³³ Tal y como pone de manifiesto el estudio elaborado por el Registro de Expertos de Economía Forense [institución dependiente del Consejo General de Economistas (CGE)], en el «Informe sobre Segunda Oportunidad», disponible en, s01.s3c.es/unag/dic/2915-02-11/XXInformeCGE_SegundaOportunidad.pdf. «En el último año han desaparecido 300.000 pymes y micro pymes». Limitar, tal y como propone la Ley de Emprendedores de 2013, la segunda oportunidad únicamente a las empresas pequeñas con deudas no superiores a cinco millones de euros que son las únicas que podrán llegar a acuerdos extraconcursales con los acreedores mediante la figura de un «mediador concursal» supone desatender la problemática distinta que hay detrás de las empresas en función de tamaño. Sería conveniente ofrecer un acuerdo extrajudicial de pagos a las empresas, cual sea su forma jurídica o situación laboral teniendo en cuenta, eso sí, el tamaño de las mismas. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño que tengan, parece que no tiene demasiado sentido.

³⁴ De la normativa comunitaria se infiere, con claridad, que son consumidores y usuarios solo las personas físicas, siempre y cuando actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así se infiere del artículo 2.b) Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas, del artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, Dice el artículo 2.b) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: «consumidor»: *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*. Y añade el artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el

Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), ahora bien, tengamos en cuenta que la Directiva relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles no se opone a que una legislación nacional sobre la materia extienda su protección a los comerciantes.

³⁵ Junto a otros ocho países más, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia ha decidido que no. En este sentido y en contra de concebir a las personas jurídicas como consumidoras, Sergio CÁMARA LAPUENTE (2011), Comentario al artículo 3, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed., Colex, Madrid, pp. 130 y sigs., y, «Aspectos legales del concepto de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, pp. 97 y sigs., para quien «La posibilidad de que las personas jurídicas sean consumidoras, tal como reconoce el artículo 3 TR-LGDCU, plantea, cuando menos, tres problemas de enjundia: [3.1.1] las consecuencias de su desajuste con el Derecho comunitario, [3.1.2] la consideración de pura política y técnica legislativa sobre si deberían o no considerarse consumidoras y [3.1.3] la delimitación de las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas, *lege lata*, en la noción del artículo 3 en la actualidad».

³⁶ *Vid.*, la SAP, Sección 5.ª, de 16 de junio de 2011, en su FD Segundo.

³⁷ El artículo 3 reformado por segunda vez y redactado por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 28 de marzo), zanja de un plumazo el debate, aunque abre otros nuevos, concluyendo que con consumidoras o usuarias «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, siempre y cuando «... actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

³⁸ *Vid.*, la SAP, Sección 5.ª, de 16 de junio de 2011, en su FD Segundo.

³⁹ En 1984, en el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, se advierte que solo las personas jurídicas que sean destinatarios finales o las que no siéndolo cuando contratan no integren en sus procesos de producción, transformación, comercialización, etc. Sobre el particular, *vid.*, Sergio CÁMARA LAPUENTE, Comentario al artículo 3, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed. Colex, Madrid, 2011, p. 130 y El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos no resueltos, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, núm. 1, pp. 90 y sigs.

⁴⁰ En este sentido, advierte la SAP, Sección 4.ª, Palma de 26 de noviembre de 2014, en el FD Segundo que, el «... arrendamiento de viviendas entre particulares es un negocio jurídico privado (y el demandante, persona física que no se ha acreditado tenga actividad calificable de empresarial en el sector inmobiliario, es a tales efectos un particular)».

⁴¹ Tal y como ha advertido en reiteradas ocasiones la doctrina (Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentarios al artículo 1 LGDCU, *cit.*, p. 33; J. M. BADENAS CARPIO, Comentarios al artículo 2 LCGC, Ámbito subjetivo, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000 p. 75 y Sergio CÁMARA LAPUENTE, «El concepto...», *cit.*, p. 108, no deja de ser consumidor el arquitecto que se compra una casa, el mecánico que adquiere una rueda para su propio coche o el informático que compra por Internet el DVD de un videojuego, Tampoco deja de serlo, el abogado que se compra un despacho, el empresario que financia la adquisición de su local, o el administrador de la sociedad que se compra una vivienda para adjudicarla a la empresa.

⁴² En este sentido se expresan, entre otras, las SSAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 21 de octubre y 17 de julio de 2014, el SJMerc de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2014. También el Auto de la AP Huelva, Sección 2.ª, de octubre de 2014, aún resolviendo un supuesto de consumidor, alude en el razonamiento jurídico segundo a la posibilidad de que los profesionales pueden alegar la protección que dispensa la LCGC.

⁴³ «... debe señalarse que la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pese a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados)». En esta ocasión, la parte recurrente alegó, en el motivo primero del recurso de casación, que había una aplicación indebida de la legislación de consumidores y usuarios al atribuir la condición de consumidores a los recurridos, motivo que estimó el Tribunal Supremo en esta Sentencia, determinando que no puede ostentar la condición de consumidor el profesional, pues según su juicio no queda duda de que el local adquirido (objeto del litigio), está integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios. Sin embargo, el Supremo se opuso al considerar al comprador del inmueble, pese a ser una persona física, como consumidor, pues tiene en cuenta el destino al que se dirige el bien, siendo este un destino profesional: un despacho de abogados, lo que le hace merecedor de la negativa no solo de la LGDCU sino de la LCGC. Cfr. En el mismo sentido, las SSTs de 24 de septiembre de 2013 y 10 de marzo de 2014.

⁴⁴ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la *Pyme* que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción *no ostenta la condición de consumidor* quedando, por tanto, sujeto al régimen general del contrato por negociación. En esta ocasión el Supremo se planteó, como cuestión de fondo, si pese a la indicada naturaleza del contrato el juez puede tener en cuenta el desequilibrio contractual, propio del contrato bajo condiciones generales, a la hora de decidir sobre la *posible moderación de una cláusula penal configurada como «pena de arrepentimiento»*, en el caso de resolución unilateral y anticipada del contrato (en rigor, facultad de desistimiento unilateral del contrato celebrado), llegando a la conclusión de estimar que *no por no tratarse de un consumidor*. A continuación, se remite el Supremo a la STS de 18 de junio de 2002 en la que ya se recordó que la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar especialmente el ámbito contractual predispuesto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar» diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

⁴⁵ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco ORDUÑA MORENO. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la *sociedad mercantil* (persona jurídica), *titular de una residencia para ancianos* que alegó el carácter abusivo de una *cláusula prevista en el contrato* (con condiciones generales de la contratación) de *mantenimiento de ascensores* (con condiciones generales de la contratación) suscrito por una sociedad mercantil (titular de una residencia para ancianos) pactado por diez años prorrogables y con cláusula de penalización (pago de cuotas pendientes) para el caso de desistimiento unilateral anticipado. La titular de la residencia comunicó el desistimiento del contrato varios años antes del plazo que se había pactado y la empresa de mantenimiento de ascensores reclamó, conforme a las cláusulas del contrato, el pago del precio previsto para los diez años de duración que se pactaron. La sociedad demandada esgrimió el carácter abusivo de la cláusula, solicitando la moderación o reducción de la indemnización. El Juzgado estimó parcialmente la demanda: apreció el carácter abusivo de la cláusula y moderó la indemnización. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, y la demandante interpuso recurso de casación basado fundamentalmente en la inaplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas, al no ser la demandada una consumidora. En esta ocasión, el Tribunal Supremo estimó el recurso, con los siguientes argumentos: la demandada «no ostenta la condición de consumidor, pues el destino contratado queda integrado plenamente en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad». Por ello no es aplicable el «control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo

propio y diferenciado de contratar», sino el «régimen general del contrato por negociación». En consecuencia, dado el incumplimiento previsto en la cláusula penal, no procede moderación de la cláusula penal.

⁴⁶ En esta sentencia se le negó la condición de consumidor a la Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas contra TRAYSER GESTIÓN INTEGRAL, SL. alegando que «el control de abusividad solo es posible para la contratación por un profesional en relación con los consumidores, de cuyo entendimiento quedan excluidas las personas jurídicas». En la STS de 23 de julio de 2013, recuerda el Supremo que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales».

⁴⁷ *Vid.*, FD Segundo, según el cual «Dicha entidad, que como se ha dicho es una sociedad de capital, solicitó el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial y por ello carece de la condición de consumidor o usuario de conformidad con el Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por lo que la posición de la entidad demandante se produce en plano de igualdad con la entidad demandada sin poder acogerse a dicha legislación, en materia de protección de consumidores y usuarios. Por otro lado, resulta acreditado en autos, que la escritura que se impugna es la cuarta escritura de constitución de préstamo hipotecario suscrita entre la actora y la demandada y la tercera de refinanciación, de modo que el Banco propuso dicho crédito como solución a varios impagos de los recibos del primer préstamo que estuvo a punto de entrar en mora, tratándose de un préstamo de carencia intermedia y como se dice en el informe de solicitud de novación redactado por la Directora de la Oficina gestora, se concertó para tener circulante para actividad de la sociedad, esto es, la explotación del Hotel».

⁴⁸ No le resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad ya que la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

⁴⁹ Sentencia que se remite, en su argumentación, a la SAP Barcelona, sección 15.^a, de 26 de enero de 2012, según la cual debe existir, como premisa fundamental, que el contrato haya sido celebrado con un «consumidor», pues en caso contrario, la demanda carecería de fundamento. En este sentido, concluye el Juzgado, no resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad porque la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

⁵⁰ La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Esta Ley entró en vigor a los tres meses siguientes a su publicación, salvo en lo concerniente a los artículos 3 y 17 que regulan la pobreza energética y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, el resto del articulado de dicha Ley entró en vigor el 31 de diciembre de 2014.

⁵¹ Se propone la inclusión del apartado 2 al artículo 111 de la Ley 22/10 del Código de Consumo de Cataluña (CCC), ampliando subjetivamente, en sus apartados a) y b) el concepto de consumidor.

⁵² También ha aclarado, y reformado, en qué supuestos nos encontramos ante una cláusula abusiva lo que permite introducir, añadiendo nuevos supuestos a la «lista negra» que contemplan los artículos 85 a 90 de la LCGYU. Tras la reforma referida se introduce a través del artículo 13, el artículo 251-6, del CCC. En opinión de Jesús SÁNCHEZ GARCÍA (miembro de la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona), a quien aprovecho la ocasión para agradecerle de manera pública su magnífica labor matutina poniéndonos al día de la actualidad legislativa y jurisprudencial, el acierto de esta reforma legislativa ya está teniendo sus frutos pues una gran parte de las escrituras de los préstamos actuales están por encima de esos parámetros que impone la ley.

⁵³ En préstamos concertados por consumidores (personas físicas) en el seno de una acción de cesación colectiva y que alude al control de transparencia gramatical y real.

⁵⁴ En préstamos concertados por consumidores en el marco de ocho acciones de nulidad individuales de contratos de préstamos hipotecario concertados y que alude al control de transparencia real.

⁵⁵ A través de esta Sentencia el Supremo recuerda que la abusividad ha de ser objeto de contradicción entre las partes. En concreto, resulta enormemente ilustrativo el FD Tercero, apartado 3 in fine, la metodología que debe seguirse para analizar si estamos ante una cláusula abusiva o no.

⁵⁶ En virtud de la SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, se concluye la nulidad de la cláusula pero no la devolución de las cantidades indebidamente cobradas porque, «Esta Sala no encuentra razones para sostener que los consumidores afectados por la sentencia del TR no puedan reclamar las cantidades abonadas con anterioridad en aplicación de la cláusula suelo y sí puedan hacerlo el resto de los que litiguen en procesos posteriores».

⁵⁷ Autos de AP Barcelona, Sección 9.^a, de 4 y 6 de febrero de 2015. En ambos Autos resueltos por el mismo ponente el mismo Magistrado (D. Gonzalo FERRER AMIGO), se resuelve el recurso de apelación de oposición a una ejecución hipotecaria en distinto sentido (se sobresee la ejecución en el primero y no en el segundo). Acerca de la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y la no devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de los efectos *ex tunc*, se remite esta segunda sentencia (en el razonamiento jurídico quinto) a la SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, citada en la nota a pie de página anterior a esta.

⁵⁸ SAP, Sección 4.^a, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas y concede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, a favor del administrador de la sociedad que se subroga en el préstamo hipotecario concedido al promotor dado que el destino de las dos viviendas que compró era privado.

⁵⁹ SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014.

⁶⁰ SAP Palencia, Sección 1.^a, Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de marzo de 2014.

⁶¹ SAP Burgos, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014.

⁶² SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014.

⁶³ SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2014.

⁶⁴ SAP Granada, Sección 3.^a, de 18 de octubre de 2013.

⁶⁵ SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013.

⁶⁶ SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013.

⁶⁷ SAP Murcia, Sección 4.^a, de 12 de septiembre de 2013.

⁶⁸ SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013.

⁶⁹ SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013.

⁷⁰ SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 julio 2013.

⁷¹ SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio.

⁷² SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013.

⁷³ En la Ley de Modernización de Obligaciones, de 1 de enero de 2002, se elevó por mandato legal el deber de transparencia constituyendo un límite para la validez de las condiciones generales. En este sentido, se dice en el párrafo 307.2 BGB: «Es contraria a la cláusula general de buena fe una condición general que como consecuencia de no ser clara e incomprensible en su redacción cause un perjuicio indebido a la contraparte». En este sentido, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ («El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014», sobre cláusulas suelo, *La Ley*, 2014, pp. 1-6), advierte con acierto, la necesidad de que el control de transparencia sea plasmado desde el punto de vista legal.

⁷⁴ En contra de considerar que resulta de aplicación del deber de transparencia en los empresarios se han expresado, entre otras, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Almuñécar (Granada), de 26 de enero de 2015, para quien la cláusula abusiva en el caso de la empresa fue negociada individualmente y en ningún caso ocultada por la empresa». En este mismo sentido, la SJMerc. de Barcelona de 13 de febrero de 2014, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zamora, de 3 de abril de 2014. La propia Junta de Jueces de 1.ª Instancia de Barcelona, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, acordó en Acta de 4 de abril de 2013, que tras la referida reforma se debía partir de un concepto de consumidor persona física (sin perjuicio de tratarse de una presunción *iuris tantum*). El pasado 21 de noviembre de 2014, los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, acordaron los criterios a seguir en la acción individual de nulidad de cláusulas suelo, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona para unificar los criterios, diferentes que están sosteniendo en orden a resolver la acción de nulidad individual de las acciones colectivas de cesación y reclamación de daños y perjuicios interpuestas por las asociaciones de consumidores y usuarios contra una misma entidad bancaria y la cuestión de litispendencia tras haber dictado la AP Barcelona, Sección 5.ª, dos autos contradictorios en este sentido.

⁷⁵ En favor de que el deber de transparencia que impone la STS de 9 de mayo de 2013 sea predicable también en los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre empresas vid., J. PLAZA PENEDÉS (2013) Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8097, y, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2013), «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», *Actualidad Civil*, 29 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8092, quien entiende que es posible plantearse si el deber de transparencia sobre elementos esenciales del contrato tiene su fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, en consecuencia, «su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo estas condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente».

⁷⁶ El Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, 30 de septiembre de 2014, ha fallado a favor de una empresa imponiendo devolución de cantidades indebidamente cobradas (FD Sexto).

⁷⁷ SAP Zamora, de 17 de febrero de 2015. En contra de este criterio, y a favor de estimar improcedente la nulidad de la cláusula suelo solicitada por la empresa se expresó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Zamora en sentencia de 3 de abril de 2014.

⁷⁸ La AP de Murcia, en sentencia de 4 de diciembre de 2014, declara la nulidad de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario concertado por una Pyme y obligó a la entidad a devolver 25.000 euros cobrados de más.

⁷⁹ Vid., las SSAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre, 21 de octubre, 17 de julio 2014 y 18 de junio de 2013.

⁸⁰ La SAP Huelva, Sección 3.ª, en la sentencia de 21 de marzo de 2014, advierte, en FD Tercero, (*in fine*), que, «No tenemos datos que permitan entender acreditado que se hubieran simulado escenarios posibles, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés. No hay constancia de que el Banco hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de cláusula. En definitiva, no se acredita que la entidad incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con los consumidores, para que estos tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico de la cláusula que estaban asumiendo con su firma».

⁸¹ SAP Jaén de fecha 27 de marzo de 2014.

⁸² La SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2015, advierte que, «al vincular el consentimiento a la necesidad de información clara y suficiente, la exigencia de transparencia y las posibilidades de controlarla dependerán de las partes intervinientes, de manera que, respecto del contrato de préstamo matriz, en la medida en que se celebre entre la entidad de crédito y un empresario, quedará sujeto a los requisitos previstos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 5 y 7)...».

⁸³ SAP Cáceres, de 3 de junio de 2013.

⁸⁴ SAP Málaga, de 12 de marzo de 2013, Recientemente, el Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 30 de septiembre de 2014, ha fallado a favor de una empresa.

⁸⁵ En opinión de José María MIQUEL (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN), ed., Civitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia». Comparten esta opinión, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», *RJC*, pp. 14 y sigs.; VICENT CHULIÀ, en U. NIETO CAROL (2000), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, pp. 396 y sigs.; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999), El ámbito de aplicación de la Ley/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, 1999, pp. 88 y sigs., y Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, SA, pp. 106 y sigs.

⁸⁶ La SAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013, advierte, que «las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia —requisito del artículo 5— son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente».

⁸⁷ Acertadamente advierte Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed, Aranzadi, Madrid, pp. 261 y sigs., refiriéndose al artículo 8.1 LCGC que, «Parece un precepto inútil... admite una interpretación limitadora del control de contenido de las condiciones generales, que supondría una regresión incomprensible con respecto a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales previamente existentes. Dicha interpretación ha de rechazarse por lo disparatado de sus consecuencias y porque no parece que corresponda con la voluntad del legislador». Cuestión esta última sobre la que reflexionaremos con detenimiento al referirnos al control de contenido en el epígrafe III de este trabajo. En opinión, acertada también de Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, pp. 123 y sigs., que el deber de transparencia de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, como es el caso de la cláusula suelo, debe residenciarse en la LCGC, como una forma de control de inclusión cualificado y no en el artículo 82 TR-LGDCU.

⁸⁸ El carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia es indiferente al desequilibrio que pueda existir entre la misma y el límite máximo —techo— a la variación del tipo de interés, Así lo dice claramente también la STS de 9 de mayo de 2013: En este sentido, dispone en el párr. 257, «No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo».

⁸⁹ Establece la STS de 9 de mayo de 2013, en el párrafo 178, que «[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis», «217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia, 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso

cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. 221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios», lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

⁹⁰ Compartimos la opinión de Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Comentario al artículo 9», en *Comentarios a las condiciones...*, cit., p. 490, para quien dentro del concepto adherente se debe incluir a la persona física o jurídica.

⁹¹ A favor de considerar que en la contratación entre empresarios la protección que dispensan las normas generales es, en principio, suficiente, se muestra en nuestra doctrina, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN (2009). *La protección jurídica de las empresas en la contratación con Condiciones Generales de la Contratación*, ed., Aranzadi, SA, Navarra, pp. 177 y sigs.

⁹² Según José María MIQUEL GONZÁLEZ (2011), *Comentarios...*, op. cit., p. 1882, este control específico de las condiciones generales en contratos con adherentes empresas se residencia en el deber de buena fe como fuente de integración del contrato, en virtud del artículo 1258 CC. Así, se ha observado que la buena fe es una norma objetiva que incorpora contenidos contractuales que se sobreponen incluso a la voluntad de una de las partes y a partir de ahí se llega con toda lógica a la conclusión de que «no hay una gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes» (el predisponente). Se convierte así la buena fe del artículo 1258 CC en una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no solo de integrar el contrato con contenidos no pactados, sino de expulsar del mismo cláusulas no negociadas que sean injustas, también en contratos entre empresas.

⁹³ En este sentido, la SAP Huelva, Sección 3.ª, de 23 de abril de 2014, estableció (con acierto, a nuestro modo de ver) que es nula la cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo hipotecario concertado con un adherente-empresario, en virtud del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1258 CC, «Siempre que, como consecuencia de lo pactado en una estipulación, en este caso sobre la determinación del pago de un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, se genere un desequilibrio contractual injustificado y favorable a la parte más fuerte, existirá carencia de esa buena fe objetiva que implica un comportamiento honrado y justo. Conforme al Preámbulo de la LCGC, puede ser nula una condición general de la contratación entre empresas cuando: sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. De esta forma, el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe el principal escudo».

⁹⁴ En la AP de Lugo, Sección 1.ª, de 8 de febrero de 2011, se concluyó respecto a una sociedad mercantil que contrató un producto financiero para protegerse de las fluctuaciones de los tipos de interés (que se considera especulativo), que «No cabe duda que, por lo expuesto, la entidad actora debe ser considerada como un cliente minorista a los efectos legales y reglamentarios y por ello debe gozar de la necesaria protección reservada a los clientes que ostentan tal carácter». En esta misma línea, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona de 30 de diciembre de 2010 se considera que al no haber sido el CMOF suscrito por el cliente «el objeto cierto materia (sic) del contrato está huérfano de consentimiento, pues la demandante ha confirmado una permuta financiera en el vacío. No basta que el contrato marco esté en la web del BBVA, SA, para que se entienda aceptado y entendido por la demandante, tiene que ser explicado (arts. 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) y firmado (1262 del Código Civil)». En contra de

este criterio, se expresó la SAP de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 20 de junio de 2011, en la que se rechazó la aplicación de la LCGC alegando que, «por el recurrente no se concreta en el escrito rector cuales de aquellas condiciones incurren en falta de claridad e imprecisión pareciéndonos, ante al contrario, que el examen del Anexo de los sendos contratos en el que contienen las condiciones principales, en sustancia, no guarda especial complejidad, si atendemos a la mecánica propia [...], de contratos como el suscrito», y sin embargo acaba dictando la nulidad por error en el consentimiento «Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee».

⁹⁵ *Vid.*, la STS de 29 de diciembre de 2010, en virtud de la cual se reconoce el derecho de reparación de manera universal a «todos los clientes», personas físicas o jurídicas, en sus relaciones de préstamo hipotecario con las entidades demandadas, dispone que, «Se condena a la demandada a la devolución a los clientes contratantes afectados de las cantidades cobradas en exceso respecto a las cantidades que correspondería haber cobrado sin la aplicación de la cláusula de redondeo citada anteriormente, con el interés del dinero, desde cada una de las respectivas fechas en que se pagaron importes superiores por aplicación de la cláusula impugnada. A este respecto podrán intervenir en la ejecución todas las personas físicas o jurídicas que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario a tipo variable con la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA que tenga contratos en vigor en los que se haga aplicación de la cláusula que se está declarando nula».

⁹⁶ Puede ocurrir, y de hecho suele ser habitual en la práctica, que la subrogación realizada entrañe una novación modificativa de alguna o varias de las condiciones principales del préstamo (importe, tipo de interés, plazo de amortización, etc.), dado que tal modificación supone, necesariamente, una negociación previa a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad de crédito y el nuevo deudor, tampoco hay duda de que una actuación diligente de aquella pasa por advertir y orientar al cliente de la naturaleza, contenido y alcance de las cláusulas preexistentes y de las llamadas a sustituir o a modificarlas, de modo que el destinatario las conozca y pueda comprender cómo funcionan en el marco de la relación contractual. En este sentido, la SAP Cáceres de 18 de noviembre de 2013 confirmó la nulidad de una cláusula suelo por falta de información del deudor, aunque este haya otorgado con posterioridad a la escritura de préstamo hipotecario otra de novación rebajando la cláusula suelo.

⁹⁷ Sobre el particular, *vid.*, José CARMELO LLOPIS (2015). «La Cláusula suelo en novaciones y subrogaciones: nuevos criterios jurisprudenciales», de 16 de febrero de 2015, en <http://www.notariallopis.es/blog> y el post publicado el 14 de octubre de 2014 relativo a «Cláusulas suelo en las escrituras de subrogación real y novación», en <http://www.notariallopis.es/blog/i/144/73/las-clausulas-suelo-en-las-escrituras-de-subrogacion-y-novacion>.

⁹⁸ En este sentido, *vid.*, SJMerc, número 2, de Málaga, de 21 de abril de 2014.

⁹⁹ Conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte, para admitir la masa de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo, bien como simple compareciente, resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que no contenga incorrecciones u omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente, *vid.*, <http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/contratacion/pasos/subrogacion.htm>).

¹⁰⁰ Advierte la SAP de Cáceres de 7 de julio de 2014, que el hecho de que el demandante sea Licenciado en Derecho y Abogado no es relevante a tales efectos porque suscribió el contrato en su condición de consumidor y no como un profesional (Abogado), y porque la condición profesional que pudiera tener el consumidor no excluye los estándares de transparencia e información que deben presidir este tipo de cláusulas ni el que puedan entenderse viciadas de abusividad determinadas estipulaciones de los referidos negocios jurídicos.

¹⁰¹ Así lo advierte la SAP Oviedo de 2 de diciembre de 2014 en virtud de la cual no se excluye del control conforme la STS de 9 de mayo de 2013. En esta Sentencia presume el juez que la presunción de veracidad de la constancia de lectura por el Notario de la escritura revela la oportunidad real de conocer el contenido del clausulado.

¹⁰² La sentencia recuerda que en el caso enjuiciado no solo no se incorporó la cláusula suelo en el contrato de compraventa con subrogación hipotecaria (el cual se limitó a remitirse a la escritura de préstamo matriz, indicando de forma genérica que el comprador «conocía» las condiciones), sino que, además, no se ha acreditado que la entidad prestamista informara, con antelación suficiente y durante la celebración del contrato, tanto de la existencia de la cláusula discutida como de las implicaciones que suponía, de manera que el prestatario pudiese prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Por ello la Sala concluye que la cláusula no cumple el doble control de transparencia exigido por la jurisprudencia y la anula.

¹⁰³ La propia Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, impone a los Estados miembros el deber de velar «por que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados exijan a su personal poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y de competencia en relación con la elaboración, la oferta o la concesión de contratos de crédito...» (art. 9.1).

¹⁰⁴ El Supremo, hasta la fecha, ha aclarado que la obligación del vendedor de facilitar la subrogación de comprador es una obligación accesorio (tal y como advierte la STS de 1 de octubre de 2012), y que la obligación de facilitar la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario del comprador no es del vendedor-promotor sino del banco procediendo, en caso de denegación de la subrogación, la resolución del contrato de compraventa (tal y como advierte, en la STS de 16 de enero de 2013) y la declaración de oscuridad de la cláusula (tal y como advierte la STS de 12 de abril de 2013). Sobre el particular, vid., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014), «El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación», RCDI, núm. 742, 2024, pp. 413 a 460.

¹⁰⁵ En este sentido, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas, Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre cláusulas suelo», *La Ley*, 2014, p. 5.

¹⁰⁶ El Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, en sentencia de 17 de febrero de 2014, estima la pretensión de nulidad parcial de la novación por nulidad de la cláusula suelo por vicio de consentimiento y por ser abusivas. Por su parte, el demandante alegó «... que no se les advirtió de que la novación iba a afectar a aspectos del préstamo hipotecario» y la entidad «... que no se trataba de condiciones generales predispuestas sino de una novación singular del préstamo hipotecario» (FD Primero). El juez nos remite a la STS de 12 de abril de 1986, según la cual incumbe al actor demostrar que existe vicio de consentimiento (error o dolo) o la falta de elementos esenciales, y conforme la STS de 21 de octubre de 2012 «... hay error o vicio cuando la voluntad del demandante se forma a partir de una creencia inexacta...».

¹⁰⁷ En este sentido, y tal y como puso de manifiesto el Auto de 3 de junio de 2013 aclaratorio de la STS 9 de mayo de 2013, por la trascendencia de la cláusula suelo en el coste real del crédito, se hace preciso que la entidad financiera aporte una información suficiente que asegure el perfecto conocimiento de la cláusula y de su incidencia en la carga económica del contrato, para que el consumidor pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa.

¹⁰⁸ La SAP de Córdoba, de 18 junio de 2013 alegó y admitió la inexistencia de consentimiento en la mercantil demandante al declarar «la nulidad de la cláusula impugnada y su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1256, 1261 y 1300 del Código Civil».

¹⁰⁹ En este sentido, la AP Salamanca en su Auto de 9 de diciembre de 2014 se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de 1.ª Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, resolviendo que: «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹¹⁰ Recientemente se ha posicionado en contra de las empresas el Juzgado de Primera Instancia de Almuñécar (Granada) en sentencia de 26 de enero de 2015, acaso porque en la argumentación jurídica la empresa demandante argumentó en su favor el TRLCU, la AP Castellón, Sección 3.ª, en su Auto de 12 de noviembre de 2014, advierte «Pues bien, la lectura del escrito de demanda pone de manifiesto que la parte actora invoca para defender el carácter abusivo de la cláusula controvertida tanto la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 *bis* —vigente a la firma del contrato— contenía una enumeración de cláusula abusivas, como hace el artículo 82 del actual texto refundido de la misma norma (RD Legislativo 1/2007), que tiene el mismo objeto. Esto es, la base jurídica de la reclamación de cantidad está constituida por la pretendida abusividad de la cláusula suelo, con fundamento en la legislación protectora de consumidores, sin que el hecho de que se trate de una condición general (al igual que tantas en diferentes campos de la contratación, como seguros, telefonía o suministros) le dote de singularidad tal que determine la competencia de los juzgados de lo mercantil».

¹¹¹ Al amparo del artículo 71, en relación con el artículo 400, se acumulan a través del presente pleito como acción principal la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario, por existir un vicio en el consentimiento otorgado y, subsidiariamente, la nulidad de dicha cláusula por ser la misma abusiva, conforme a la normativa tuitiva de consumidores y, concretamente, por infringir lo dispuesto en la LGCYU y, como consecuencia lógica y legal de prosperar cualquiera de las acciones ejercitadas, la restitución de las recíprocas prestaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, con devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

¹¹² En este sentido, entre otras, las SSTs de 10 de septiembre de 2012 y 23 de mayo de 2013.

¹¹³ La competencia territorial en acciones individuales de nulidad viene determinada por el domicilio del demandante. Algunos Secretarios Judiciales están entendiendo que solo son competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de acciones colectivas (de cesación, retracción o declarativa).

¹¹⁴ Según la cual, habrá que estar a «la causa de pedir» determinante de la nulidad y a su fundamentación jurídica por más que se invoque en el cuerpo de la demanda, en cita aislada, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que es la norma que podría atraer la competencia de los juzgados de lo mercantil, de acuerdo con el artículo 86 ter., apartado 2.º LOPJ. En este sentido y si se advierte que la cita a la mencionada Ley es un apoyo complementario, accesorio o residual para reforzar la inexistencia de negociación de la cláusula. La demanda no pretende la ineficacia del contrato como consecuencia de la nulidad, por infracción de la LCGC, de alguna o alguna de las condiciones generales de la contratación que contiene, o porque alguna o algunas cláusulas deban tenerse por no incorporadas al contrato (art. 9 LCGC), pretende la aplicación de la LCGC al modo en que lo hizo el TS en la sentencia que cita».

¹¹⁵ Se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de 1.ª Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, que: «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹¹⁶ *Vid.*, el razonamiento jurídico segundo, *in fine*, en el que se advierte que: «A fin de resolver las dudas que puedan plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso

concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejercitan en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia... no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo Mercantil».

¹¹⁷ Dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de su contrato la condición general de la contratación que se reputa nula y a abstenerse en lo sucesivo.

¹¹⁸ Que tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

¹¹⁹ Dirigida a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando esta proceda conforme a lo previsto en el inciso final 2 del artículo 11 LGCC.

¹²⁰ Razonamiento Jurídico Segundo, del Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª de 1 de octubre de 2014.

¹²¹ Advierte, con acierto, Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Comentario al artículo 9, en *Comentarios a las condiciones...*, cit., p. 490, que, «Qué debe entenderse por adherente viene definido en el artículo 3, que tiene por rúbrica ámbito subjetivo, según el cual tiene la condición de adherente toda persona física o jurídica, sea profesional o no, resultando indiferente en el caso de profesiones que actúen en el marco de la actividad profesional o empresarial, pública o privada. De este modo, es adherente toda persona que haya celebrado un contrato que contenga condiciones generales predispuestas por la contraparte. La consecuencia más importante del art. 9.1 LCGC radica, como ya se ha adelantado, en excluir la legitimación activa del predisponente para solicitar la declaración judicial de nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por él mismo». La autora advierte, con acierto, que también podría ser legitimado activo «...el fiador, a quien el artículo 1853 CC expresamente autoriza para oponer «todas las excepciones que competan a deudor principal y sean inherente a la deuda (principal)».

¹²² Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de CESL.

¹²³ Vid., el estudio elaborado por César MARTÍN MACHUCA y Cristina RODRÍGUEZ LLORENS, sobre «La participación de las Pymes y de las grandes empresas europeas en el comercio internacional de Bienes», <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Jul/Fich/be1407-art2.pdf>.

¹²⁴ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Marco Común de Referencia (DCFR).

¹²⁵ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de PECL.

¹²⁶ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Principios ACQUIS.

¹²⁷ En opinión de MARTÍN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf, pp. 34 y sigs., «Según el DCFR el control de contenido solo se refiere a las condiciones generales de contratación, es decir, a las cláusula que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Al amparo de la normativa Común, el control de contenido del artículo 86 NCCE rige en general para las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción».

¹²⁸ Vid., María Amalia BLANDINO GARRIDO, «Comentario al artículo II-904 DCFR», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Dir. Antonio Vaquer Aloy, ed. Esteve Bosch Capdevila, 2009, p. 662, nota p. 536.

¹²⁹ En este sentido, Antonio VAQUER ALOY, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, ed. Esteve Bosch Capdevila, 2009, pp. 665 y sigs.

¹³⁰ En este sentido, MARTÍN EBERS (2012). «El control de cláusulas abusivas...», cit., p. 36 y sigs., quien advierte, además, que «En la Unión Europea, al menos 14 Estados miembros han renunciado a establecer normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes».

¹³¹ Opinión que compartimos junto a Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia», *Revista Cesco 2013*, disponible en blg.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDA-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO.pdf.

¹³² Sobre las razones a favor y en contra de un control de abusividad en la contratación entre empresarios, *vid.*, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN (2009). *La protección jurídica...*, *cit.*, pp. 253, 255 y sigs.

¹³³ En opinión de José María MIQUEL (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN), ed, Civitas, SL, Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquirir importancia la transparencia», Comparten esta opinión, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, pp. 14 y sigs.; VICENT CHULIÁ, en U. NIETO CAROL, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 396 y sigs.; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999), El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiau (ed.). *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, 1999, pp. 88 y sigs., y Francisco PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2004), «Las cláusulas...», *op. cit.*, pp. 106 y sigs.

¹³⁴ A pesar de que hace más de veinte años antes de que se dictara la LCGC, Federico de Castro aconsejó que se incluyera. En este sentido, *vid.*, Federico DE CASTRO (1975), *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed, Civitas, Madrid, p. 80, advierte la importancia del Derecho dispositivo. Se suma a esta opinión, Miguel PASQUAU LIAÑO (1999), en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir., Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, p. 773, *Vid.*, también, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ed., Cizur Menor, pág. 30.

¹³⁵ En este sentido, Francisco PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2004), «Las cláusulas...», *op. cit.*, pp. 106 y sigs.

¹³⁶ A favor de esta tesis, Javier PAGADOR LÓPEZ (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998, ed., Marcial Pons, pp. 224 y sigs., y Miguel PASQUAU LIAÑO (1999), en *Comentario a los artículos 9 y 10 de la LCGC en Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, pp. 276 y sigs. En contra de esta opinión se muestran, con acierto, José María MIQUEL (2002), «Comentarios...» *cit.*, pp. 363 y 455, para quien cuando la Ley guarda silencio, no es que exista una laguna porque hay silencios elocuentes. En opinión de este autor, el silencio del legislador en el artículo 8.1 excluyendo de su ámbito de aplicación a la contratación entre empresas es elocuente: esa fue la voluntad del legislador y, por tanto, no hay laguna que rellenar.

¹³⁷ Según el artículo 8.2 LCGC. «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 *bis* y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» —remisión se entiende hoy hecha al artículo 83 TRLCU y 85 de 2014—.

¹³⁸ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999). «Comentario...», *cit.*, p. 265.

¹³⁹ Según el artículo 219 LEC: «cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe».

¹⁴⁰ A favor de defender esta tesis se muestran, hasta la fecha, entre otras, sin ánimo exhaustivo, SAP Vizcaya de 30 de mayo de 2014, SAP Jaén, Sección 1.ª, de 15 de mayo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2014, SAP Huelva, Sección 3.ª, de

21 de marzo de 2014 —virtud del principio de seguridad jurídica—, SAP Cáceres, de 24 de febrero de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 13 de febrero de 2014, SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014 —la nulidad de la cláusula suelo no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia—, el Auto de la Audiencia de Pontevedra de 13 de febrero de 2014, SAP Burgos, Sección 2.^a, 28 de enero de 2014, SAP Cáceres, de 13 de febrero de 2014, Auto de AP Pontevedra, de 13 de febrero de 2014, SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014, SAP Burgos, de 28 de enero de 2014, SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, de 8 de enero de 2014, SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), SAP de Cáceres de 5, 11, 14 y 18 de noviembre de 2013, SAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2013, AP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2013, SAP Granada de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres de 2 de octubre de 2013, SAP de Madrid de 28 de julio de 2013 y SAP Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013, AP Cuenca, en sentencia de 30 de julio de 2013; SAP de Badajoz, de 27 de junio de 2013, SSAAP Cáceres, de 3, 18 y 20 de junio 22 de mayo de 2013, SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 y 17 de mayo de 2013, SAP Córdoba de 18 de junio de 2013 —siendo el demandante una sociedad mercantil, persona jurídica—.

¹⁴¹ A favor de la validez y transparencia de la cláusulas suelo se expresa, Ángel CARRASCO PEREA (2014), *Cláusula suelo*, nuevamente a las puertas de la casación. Fecha de publicación: 3 de marzo, *Revista Cesco*.

¹⁴² Cfr. Manual GARCÍA-VILLARRUBIA (2014), La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs., y María Paz CANO SALLARÉS (2013), «La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo), Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 4, p. 120. 9 de diciembre de 2014.

¹⁴³ Sobre el particular, *vid.*, Javier ORDUNA MORENO, Francisco (2013), Control de transparencia y cláusula suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871.

¹⁴⁴ También los Juzgados se han posicionado, a favor de esta tesis. La primera sentencia en este sentido llegaba solo cuatro días después de que se pronunciase el Supremo. El primer juzgado que se posicionó de manera clara y contundente en contra de la nulidad sin retroactividad fue el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orense que dictaba la Sentencia, de 13 de mayo de 2013, en virtud de la cual fallaba a favor de una clientela de Novagalicia anulando la cláusula suelo «al estimarla abusiva» y condenando a la entidad a pagar 7987,71 euros cobrados por este concepto en el momento de la demanda, lo generado después, los intereses correspondientes y las costas del proceso. Días después, el 23 de mayo, el juzgado de lo mercantil número 2 de Málaga, en virtud de la Sentencia de 23 de mayo de 2013, condenaba a Cajamar a devolver los 4546,85 euros cobrados a una cliente por otra cláusula suelo «abusiva», más los intereses correspondientes y las costas. A partir de estos primeros fallos, numerosísimas han sido las sentencias que se han posicionado a favor de la retroactividad de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas. Entre otras, podríamos citar, sin ánimo exhaustivo, SJMerc., núm. 3, Oviedo, de 12 de noviembre de 2014, SJMerc., núm. 2 de Málaga de 29 y 30 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Sevilla, de 24 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Granada, de 7 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Palma de Mallorca de 22 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Jaén de 21 de enero de 2014, SJMerc., núm. 4, Jaén, de 8 de enero de 2014, SJMerc., núm. 2, Málaga, de 9 de enero de 2014, SJMerc. núm. 1, Gerona, de 14 de enero de 2014, SJMerc. núm. 2, Málaga, de 23 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 2, Murcia, de 19 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Cádiz, de 18 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 3, de Albacete, de 16 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, de Córdoba, de 4 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Alicante, de 20 de noviembre

de 2013, SJMerc. núm. 1, Córdoba, de 14 de noviembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Bilbao de 21 de octubre de 2013, SJMerc., núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013, SJMerc., núm. 10, de Barcelona, de 7 de junio de 2013, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, SJMerc., núm. 2, Málaga, 23 de mayo de 2013, SJPI, núm. 4, Orense dictaba la Sentencia, de 13 de mayo de 2013, entre otras.

¹⁴⁵ En particular, la SAP Las Palmas, Sección 4.^a, de 26 de noviembre de 2014, SAP Córdoba, Sección 1.^a, de 31 de octubre de 2014 (se inclina favor de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario concertados por personas jurídicas desde la fecha del inicio de la demanda judicial). En relación a personas físicas siguen esta misma línea, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 17, de 17 de octubre de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2014, SAP Granada, Sección 3.^a, de 23 de mayo de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2014, SAP Lleida, Sección 2.^a, de 24 de septiembre de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2014, SAP León, Sección 1.^a, de 18 de septiembre de 2014, SAP Oviedo, Sección 5.^a, de 1 de julio de 2014, SAP Asturias, Sección 5.^a, de 1 de julio de 2014, SAP Jaén, Sección 4.^a, de 16 de junio de 2014, SAP Valencia, Sección 9.^a, de 9 de junio de 2014, SAP Jaén, Sección 1.^a, de 15 de mayo de 2014, SAP Huelva Sección 3.^a, de 21 de marzo de 2014 —alegra el principio de seguridad jurídica para devolver—, SAP de Pontevedra, de 20 de marzo de 2014, SAP Albacete, de 17 de marzo de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de sentencia de 16 y 17 de marzo de 2014, AP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Jaén, sentencia de 27 de marzo de 2014, AP Málaga, de 12 de marzo de 2014, SAP Badajoz, de 9 y 14 de enero de 2014 —anula la cláusula pero deniega la devolución la retroactividad—, SAP Burgos, de 28 de enero de 2014, SAP Zaragoza, de 8 de enero de 2014, SAP Málaga, de 12 de marzo de 2014, SAP Cáceres, de 19 de noviembre de 2014, SAP Málaga, de 12 de marzo de 2014, AP Barcelona, Sección 15.^a, de 16 de diciembre de 2013, SAP Alicante, de 5 de diciembre de 2013, SAP Álava, de 21 de noviembre de 2013, SSAP Cáceres, de 4, 5 y 8 de noviembre de 2013, SAP Madrid, de 18 de septiembre de 2013, SAP Cuenca de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, de 23 de julio de 2013 con el voto particular —se concede la retroactividad hasta la fecha de firma del préstamo— y AP de Cuenca, de 30 de julio de 2013), SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013 —con un voto particular en contra, en la que se concede la retroactividad hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013—, SAP de Ciudad Real, de 11 de julio de 2013), SAP Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013 y SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013, AP Alicante, Sección 8.^a, de 23 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 de julio y 21 de noviembre de 2013, AP Murcia, de 12 de septiembre de 2013, SAP Álava, de fecha 9 de julio de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante de 23 de julio de 2013.

¹⁴⁶ Sobre esta cuestión nos posicionamos en el seminario celebrado el pasado 9 de mayo de 2013 organizado por Ausbanc en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Tras la STS de 9 de mayo de 2013 eran muchas las dudas y pocas certezas que había suscitado el Supremo tras la novedosa doctrina de la «la nulidad sin retroactividad». Sin perjuicio de abordar este tema con el detenimiento que merece exponiendo, con exhaustividad, todos y cada uno de los argumentos que enfrentan hoy a nuestra jurisprudencia menor en torno a si procedo o retrotraer los efectos de la nulidad y, en su caso, hasta qué fecha —cuestión sobre la que reflexionaremos en otro trabajo de investigación, pendiente de publicación, que ya ha sido aceptado en esta Revista—, radiografiaremos brevemente el debate lo que nos permitirá exponer nuestra opinión, en torno a esta cuestión, importante, que afecta al bolsillo de consumidores y empresas.

¹⁴⁷ Encarna CORDERO LOBATO (2012). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad, en *Diario La Ley*, núm. 8088, 5 de junio de 2013, *Diario La Ley*, 2925/2012.

¹⁴⁸ Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista La Ley*, 5138/2013, *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 5.

¹⁴⁹ Josep DE PUIG MATEU (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre, pp. 157-162.

¹⁵⁰ Vid., Ángel CARRASCO PERERA (2014). «Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación». Fecha de publicación: 3 de marzo, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-cláusula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casación.pdf> y Alicia AGÜERO ORTIZ: ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales, núm. 6 *Revista CESCO* de Derecho de Consumo, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/312/290>.

¹⁵¹ También se debate la jurisprudencia menor, en torno a determinar: (1.º) si procede o no estimar la medida cautelar de suspensión de aplicación de la cláusula suelo (lo que se viene conociendo con el nombre de *periculum in mora*) y, (2.º) si es conviene pedir la compensación de las cantidades indebidamente cobradas con las cantidades aun adeudadas en concepto de principal, pues la devolución de importe ya abonado y desgavado en las declaraciones de IRPF de los años correspondientes podrían conllevar la apertura de expediente de inspección tributaria. El criterio sostenido por algunos juzgados en torno a la primera cuestión planteada es denegar dicha suspensión teniendo en cuenta que es posible la revocación de una resolución dictada en primera instancia por el Juzgado que entienda del asunto en segunda instancia; por lo que si se acepta dicho argumento como requisito de la medida cautelar, habría que aceptar todas las medidas cautelares de adelantamiento de efectos de la posible Sentencia que se solicitasen. En la práctica, la adopción de la medida cautelar puede ser incluso contraproducente para el cliente bancario que insta la nulidad, que dejará de abonar prorrateadamente una cantidad que podría tener que ingresar de una sola vez en caso de desestimación de la demanda.

¹⁵² En la SAP Álava, sección 1.ª, de 9 de julio de 2013, se advierte, con enorme acierto y claridad, que «Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia *ex nunc*, a la vista de los artículos 12, 16 y 19 LCGC (RCL 1998, 960). En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a un plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*. El propio FJ 7.º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia no a otros casos».

¹⁵³ En SAP Ciudad Real, de 11 de julio de 2013.

¹⁵⁴ En SAP Barcelona, Sección 15.ª, de fecha 16 de diciembre de 2013.

¹⁵⁵ En SAP Alicante, Sección 8.ª, de 23 de julio de 2013.

¹⁵⁶ En SAP Madrid, Sección 21.ª, de 16 de enero de 2014.

¹⁵⁷ En SAP Asturias, Sección 7.ª, de 5 de marzo de 2014.

¹⁵⁸ En SAP Málaga, Sección 6.ª, de 12 de marzo de 2014.

¹⁵⁹ En SAP Albacete, Sección 1.ª, de 17 de marzo de 2014.

¹⁶⁰ En SAP Murcia, Sección 4.ª, de 17 de marzo de 2014.

¹⁶¹ En SSAP Huelva, Sección 3.ª, de 21 de marzo y 23 de abril de 2014.

¹⁶² En AP Ciudad Real, de 22 de marzo de 2014.

¹⁶³ En SAP Jaén, Sección 1.ª, de 27 de marzo de 2014.

¹⁶⁴ En SAP de Murcia, de 4 de diciembre de 2014.

¹⁶⁵ En SAP Asturias, Sección 5.ª, de 8 de abril de 2014.

¹⁶⁶ En las SSAP Pontevedra, Sección 6.ª, de 9 de mayo de 2014.

¹⁶⁷ En SAP Valencia, Sección 9.ª, de 9 de junio de 2014.

¹⁶⁸ La primera vez, que conozcamos, que una Audiencia Provincial defendió esta tesis fue en Alicante, Sección 8.ª, en la Sentencia de 12 de julio de 2013 (con un voto particular en contra). A partir de este momento, numerosas han sido las SAP de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 15 de mayo de 2014, la SAP Vizcaya, Sección 4.ª, de 10 de febrero de 2014 y la SAP Alicante, de 23 de julio de 2013 (con el voto particular —se concede la retroactividad hasta la fecha de firma del préstamo—).

¹⁶⁹ El Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, de 17 de febrero de 2014, estima la pretensión de nulidad parcial de la novación por nulidad de la cláusula suelo por vicio de consentimiento concede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas hasta la fecha de la sentencia (*vid.*, FD Segundo).

¹⁷⁰ Este es el criterio que sostiene la SAP Granada, Sección 3.ª, de 23 de mayo de 2014, en cuyo FD Séptimo advierte: «Al examinar los efectos de la nulidad declarada, debemos acudir al mismo criterio jurisprudencial determinante de la emisión de tal pronunciamiento. Este Tribunal no es ajeno a la controversia existente entre las Audiencias Provinciales en el examen de esta cuestión, tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, en el ejercicio de acciones individuales. En nuestra sentencia de 18 de octubre de 2013, ya nos posicionamos, y lo hemos hecho luego, en coherencia con la fundamentación de la nulidad, en la misma línea de los tribunales que siguen el criterio de irretroactividad... Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después, estimando en este apartado el recurso, y parcialmente la demanda. Aquí además, respecto de otras cuestiones planteadas por el apelado para eludir este pronunciamiento, únicamente resta por añadir, por los motivos expuestos en otros fundamentos, que no cabe apreciar la existencia de mala fe o, extemporáneamente, la existencia de hechos que revelen la vulneración de legislación sectorial no alegados en la demanda, afectando por último, indiscutiblemente, la devolución de los pagos ya realizados a situaciones consumadas».

¹⁷¹ Este es el criterio mayoritariamente defendido en el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, Sección 1.ª, en sentencia de 31 de octubre de 2014 y en el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, Sección 1, de 9 de octubre y 30 de septiembre de 2014 (sentencia con la que se da un nuevo espaldarazo a todos aquellos perjudicados por las cláusulas suelo con devolución de cantidades indebidamente cobradas hasta la fecha de interposición de la demanda). Se acoge a la doctrina sentada por la AP de Málaga en su sentencia de 12 de marzo de 2014.

¹⁷² En particular, al BBVA, NCG Banco.

¹⁷³ En particular, al BBVA, Cajasur, Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG Banco).

¹⁷⁴ Una Sentencia que, a fecha de hoy, 26 de febrero de 2015, aún no está publicada en la página Web del CGPJ.

(Trabajo recibido el 16-12-2014 y aceptado
para su publicación el 30-12-2014)