

A vueltas con las cláusulas suelo para empresas y autónomos

POR JESUS LAZARO Abogado de Aequltas Legiis Abogados

A expensas de que el Tribunal Supremo se pronuncie el próximo día 15 de febrero de 2017, todo parece indicar, después del extenso y motivado voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016, que el dictamen del Pleno de la Sala de lo Civil puede hacerse eco de las Sentencias que están dictando las Audiencias Provinciales, estimando la nulidad de las cláusulas suelo a empresas, y personas físicas que actúen con un propósito profesional o comercial en su contratación, bien en dicho dictamen o variando su doctrina en próximas sentencias.

A expensas de que el Tribunal Supremo se pronuncie el próximo día 15 de febrero de 2017, todo parece indicar, después del extenso y motivado voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno a la Sentencia del T.S. de fecha 3 de junio de 2016, que el dictamen del Pleno de la Sala de lo Civil puede hacerse eco de las Sentencias que están dictando las Audiencias Provinciales, estimando la nulidad de las cláusulas suelo a empresas, y personas físicas que actúen con un propósito profesional o comercial en su contratación, bien en dicho dictamen o variando su doctrina en próximas sentencias.

El citado Excmo. Magistrado Sr. Orduña, que ya fue el ponente del voto particular al que se adhirió el Excmo. Magistrado D. Xavier O' Callaghan Muñoz, vuelve a poner el dedo en la llaga, y de no ser atendidas sus tesis en dicho voto particular, y en caso de recurso, podría ser la segunda vez que el TJUE diera otro revuelo a las Sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal.

La reciente Sentencia, ya firme, de fecha 16 de octubre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, decreta la nulidad de una cláusula suelo a una empresa.

Comparto con el Sr. Orduña que no podemos decir en abstracto que todas las cláusulas son nulas, y que obviamente dependerá de cada caso concreto, del cumplimiento por la entidad bancaria del deber de información y de si realmente ha habido por el cliente una comprensibilidad real, pero ojo, comprensibilidad real, no formal.

Es decir, si la cláusula suele aparecer insertada en unas simples líneas dentro de las varias páginas dedicadas al tipo de interés variable o a la variabilidad del tipo de interés, y no han existido previamente unas simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés, ni una información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo proporcionadas por la entidad bancaria, que permitan inferir una comprensión clara y precisa por el cliente, es obvio que se vulnera la información y transparencia debida.

Si la cláusula suelo es un producto que contraviene al tipo de interés variable, deberá estar destacada en otro apartado, o tendría que tener una advertencia que le permitiera destacar y realzar su importancia limitativa al tipo de interés variable que se ofertó y el cliente creía contratar.

Ahora bien, con independencia de que el cliente de la entidad bancaria sea empresa o particular, resulta de aplicación la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo, en su artículo 2, en el que se señala que la Ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional -persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial- y una persona física o jurídica -adherente-, actuando ésta última en

La diferencia con las personas físicas debe ser que, al ser un empresario, no se puede invertir la carga de la prueba

La cuestión radica en que la empresa proponga algún indicio probatorio que contrarreste lo aportado por la entidad

el ámbito de su actividad profesional o empresarial o no. En dicha norma, se establece que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación y sea firmado. Y se señala que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas y que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

La única diferencia con las personas físicas debe ser, a mi entender, que al ser un empresario y quedar excluido del ámbito de protección de la Ley General de Consumidores y Usuarios, no se puede producir la inversión de la carga de la prueba y resultan de aplicación las normas generales establecidas en el artículo 217 de la L.E.C.

Ahora bien, ojo porque este principio general sobre la carga de la prueba que obliga a cada parte a probar los hechos que sirven de base para su pretensión, es matizado en el apartado 7, que razona que para la aplicación del principio probatorio, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, de modo que por su dificultad no puede exigirse a quien alega un hecho que no ha existido, e incurrir en la conocida doctrinalmente como *probatio diabólica*.

Aquí, es donde entiendo radica el quid de cada caso concreto, en que la empresa proponga algún atisbo o indicio probatorio, bien documental o testificalmente, y que dentro de la facilidad probatoria para negar dicho hecho que tiene la entidad bancaria, no se aquiete y contrarreste dicho indicio probatorio, toda vez que de toda la abrumadora cantidad de datos y documentación necesaria, para otorgar el préstamo hipotecario la entidad bancaria goza de una disponibilidad probatoria superior al cliente, por lo que su aquietamiento probatorio no puede ser entendido más que como la existencia de la causa de nulidad.

Por lo tanto, habrá que analizar cada caso en concreto y valorar el criterio probatorio a los efectos de concretar la existencia de nulidad.



GETTY

Aquí, es donde entiendo radica el quid de cada caso, en que la empresa proponga algún atisbo o indicio probatorio, documental o testificalmente, y que dentro de la facilidad probatoria para negar dicho hecho que tiene la entidad bancaria, no se aquiete y contrarreste dicho indicio probatorio, toda vez que de toda la abrumadora cantidad de datos y documentación necesaria, para otorgar el préstamo hipotecario la entidad bancaria goza de una disponibilidad probatoria superior al cliente, por lo que su aquietamiento probatorio no puede ser entendido más que como la existencia de la causa de nulidad. Por tanto, habrá que analizar cada caso en concreto y valorar el criterio probatorio a los efectos de concretar la existencia de nulidad.