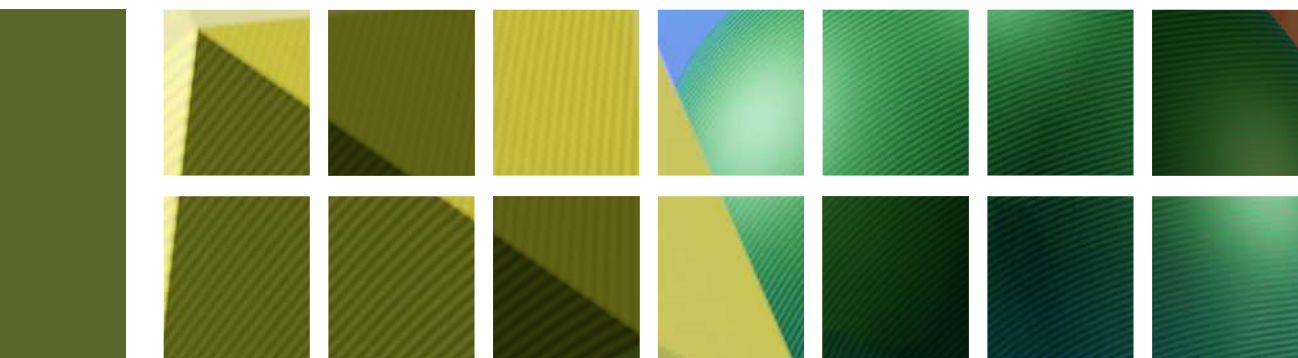


La contratación bancaria de pymes y autónomos: el control de las condiciones generales

Óscar Jiménez Moriano

■ BOSCH



La contratación bancaria de pymes y autónomos: el control de las condiciones generales

Óscar Jiménez Moriano

© Óscar Jiménez Moriano, 2021

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Noviembre 2021

Depósito Legal: M-28177-2021

ISBN versión impresa: 978-84-9090-570-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-571-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. CÓMO DEMOSTRAR QUE ESTAMOS ANTE UNA PYME

§1. Según datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, más del 99% de las empresas existentes en la Unión Europea son Pequeñas y Medianas Empresas. Este tipo de empresas da empleo a 94 millones de personas y genera más de la mitad del valor añadido de todo el tejido empresarial. Estos dos últimos años las pymes han sufrido especialmente debido al coronavirus y han tenido que adaptarse a nuevos escenarios.

Según datos de 2019 del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, el total de empresas en España es de 2.884.795, de las cuales un 99,84% son pymes. El 74,31% de las pymes se dedican al sector servicios; a este le siguen, de lejos, el sector de la construcción (9,76%), el de la industria (8,21%) y el agrario (7,73%).

El volumen de ingresos medio de las empresas españolas es bastante modesto, ya que la mayor parte del tejido empresarial español está formado por microempresas. El 99% de las microempresas y el 70% de las pequeñas empresas facturan menos de 2 millones de euros anuales. Solo el 7% de las empresas consideradas medianas (entre 50 y 249 trabajadores) facturan más de 50 millones de euros anuales.

§2. Decidir si una empresa tiene o no la condición de pyme no reviste la sencillez que *a priori* pudiera parecer. En un principio la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Pero obtener un concepto técnico-jurídico más depurado de pyme exige espigar en la legislación comunitaria y las leyes mercantiles y tributarias.

§3. Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

Esta recomendación alude a la definición de microempresas y de pequeñas y medianas empresas utilizada en las políticas comunitarias aplicadas dentro de la Comunidad y el Espacio Económico Europeo¹. Así, toda normativa o programa comunitario que sea modificado o adoptado y mencione el término «pyme», «microempresa», «pequeña empresa», «mediana empresa» o términos similares tendrá el significado que figura esta recomendación.

1. TRUJILLO GONZÁLEZ, Andrés, «Delimitación del concepto "PYME" para las empresas», <https://trujilloasesores.com/noticias/137-cuando-una-empresas-es-una-pyme>

Esta clasificación de empresas tiene en cuenta tres criterios distintos:

- Efectivos, más comúnmente conocidos como trabajadores o asalariados.
- Volumen de negocios. Esta cifra corresponde al cálculo de los ingresos de una entidad, a lo largo de un año, procedentes de la venta de productos o prestación de servicios a la que se dedique. En este cómputo no deben incluirse los descuentos o impuestos como el IVA u otros impuestos indirectos.
- Balance general anual. Este término hace referencia al valor de los principales activos de una empresa, es decir, las posesiones de una empresa, tanto los bienes como las deudas por cobrar.

Además, habrá que tener en cuenta la tipología del accionista. No obstante, la complejidad de la combinación de los datos y la falta de información hacen que, en general, los análisis se basen exclusivamente en el número de empleados.

Así pues, teniendo en cuenta los criterios citados, en España y la Unión Europea se diferencia entre los siguientes tipos de empresa por tamaño:

- Pymes.
- Microempresas.
- Pequeñas empresas.
- Medianas empresas.
- Grandes empresas.

✓ Pymes

Para ser clasificada como pyme, una entidad necesita ser una empresa que cuente con menos de 250 trabajadores y que tenga un volumen de negocio que no sobrepase los 50 millones de euros, o bien que su balance general anual no sobrepase los 43 millones de euros.

A su vez el término pyme comprende tres subcategorías de empresas por tamaño: microempresa, pequeña empresa y mediana empresa.

✓ Microempresa

La entidad debe tener menos de 10 trabajadores, ya sean asalariados, socios, trabajadores temporales o propietarios. Se excluye de la cuenta de los efectivos a aquellas personas que estén con contrato de prácticas o formación profesional, así como a madres y padres que se encuentren disfrutando del permiso parental. Además del criterio de trabajadores, la microempresa debe cumplir con uno de estos dos requisitos (i) bien registrar un volumen de negocio menor a los 2 millones de euros (ii) bien contar con un balance general anual que no supere los 2 millones de euros.

✓ Pequeña empresa

En este caso, la cantidad de efectivos de la empresa debe ser inferior a las 50 personas y en cuanto al volumen de negocios, debe tener un volumen anual no superior a los 10

millones de euros, o un balance general que tampoco supere la misma cifra de 10 millones de euros.

✓ Mediana empresa

Debe contar con no más de 250 trabajadores y el volumen de negocio anual se debe situar por debajo de los 50 millones de euros, o bien que su balance general no alcance los 43 millones de euros.

✓ Grandes empresas

Cuando una entidad cuenta con 250 trabajadores o más pasa a ser considerada una gran empresa. Asimismo, y en orden a los criterios económicos, si la compañía supera los 50 millones de euros en el negocio anual y también supera los 43 millones de euros en el balance general, se considerará gran empresa.

La normativa europea contempla algunas particularidades a la hora de determinar el tamaño:

- No se podrán considerar pymes las empresas de propiedad pública.
- No se podrán considerar pymes empresas cuyo capital esté controlado en un 25% por empresas cuyas variables cuantitativas excedan los límites de pyme.
- Por razones de simplificación administrativa se puede optar por atenerse a un criterio único, el de los efectivos (empleados).
- Igualmente, la falta de otras informaciones provoca que cuando solo se disponga de información de la cifra neta de negocios, no dificultará en ningún caso su uso para determinar el tamaño de la empresa.

La Comisión europea ha elaborado una guía dirigida fundamentalmente a dos tipos de destinatarios y con dos tipos de fines:

✓ Empresarios que dirijan microempresas o empresas pequeñas o medianas y estén interesados en solicitar subvenciones o préstamos dirigidos a las pymes

Estos empresarios pueden querer conocer si cumplen los criterios establecidos para acogerse a determinadas disposiciones legislativas o a tarifas reducidas aplicables a las pymes.

✓ Funcionarios públicos

Funcionarios de la UE, nacionales, regionales y locales responsables de elaborar y gestionar los diversos programas, de tramitar las solicitudes y de garantizar que las empresas satisfacen los criterios de admisibilidad de las ayudas. La guía explicita paso a paso cómo determinar si una empresa cumple los requisitos para ser considerada una pyme. Además, contiene un glosario de términos empleados en la definición o en su aplicación práctica, así como un modelo de autoevaluación. Dicho modelo ofrece un resumen de los datos que debe proporcionar una empresa a la hora de solicitar ayudas dirigidas a las pymes, y puede ser utilizado por los departamentos de la administración

pública para determinar si una empresa tiene la condición de pyme. La utilización de este modelo es voluntaria, por lo que las administraciones de los Estados miembros tienen libertad para adaptar su contenido a los usos y costumbres nacionales.

La definición de pyme distingue entre tres categorías diferentes de empresas. Cada una de estas categorías corresponde a un tipo de relación que una empresa podría mantener con otra. La distinción es necesaria con el fin de obtener una imagen clara de la situación económica de una empresa y para excluir a las que no sean auténticas pymes.

Las categorías de empresa son las siguientes:

- **Autónoma:** es aquella empresa que es completamente independiente o que tiene una o más participaciones minoritarias (cada una de ellas inferior al 25%) en otras empresas.
- **Asociada:** si las participaciones en otras empresas ascienden como mínimo al 25% pero no superan un 50%, se considera que existe una relación entre empresas asociadas.

Vinculada: se considera empresa vinculada a aquella cuyas participaciones en otras empresas superan el umbral del 50%.

El concepto de control (tanto jurídico como de facto) es sumamente relevante en la definición de pyme. El control determina si una empresa se considera o no asociada o vinculada. No debe evaluarse solamente el capital o la participación accionarial, sino también el control que ejerce una empresa sobre otra.

Según la categoría en la que encaje una empresa, puede ser necesario que incluya datos de una o varias empresas al efectuar el cálculo de la condición de pyme. El resultado de dicho cálculo permitirá a la empresa verificar si cumple el requisito alusivo a los efectivos y al menos uno de los umbrales financieros que establece la definición. Las empresas que excedan esos umbrales no se consideran pymes.

El proceso dirigido a determinar si una empresa es o no una pyme consta de cuatro pasos:

Paso 1: ¿Soy una empresa?

El primer paso para obtener la condición de pyme es que una entidad sea considerada una empresa.

Paso 2: ¿Qué criterios es preciso verificar y qué umbrales se aplican?

El segundo paso consiste en identificar los criterios que deben cumplirse y los umbrales que se aplicarán.

Paso 3: ¿Qué significado tienen esos criterios?

El tercer paso requiere interpretar el significado de los diversos criterios y aplicarlos correctamente.

Paso 4: ¿Cómo se calculan esos datos?

El cuarto paso consiste en identificar los datos que deben tenerse en cuenta y evaluarse en referencia a los umbrales definidos, y en qué cantidades o proporciones. Con este fin, una empresa deberá establecer en primer lugar si es una empresa autónoma, asociada o vinculada.

§4. Directiva 2013/34/UE sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento.

Los objetivos de esta directiva son facilitar la inversión transfronteriza y mejorar en la Unión la comparabilidad de los estados financieros y los informes, así como la confianza del público en estos mediante una información específica de mayor calidad y coherencia.

Según la directiva, las empresas pequeñas, medianas y grandes han de definirse y distinguirse en referencia a su total de balance, su volumen neto de negocio y su número medio de empleados durante el ejercicio contable, ya que estos criterios suelen proporcionar datos objetivos de la dimensión de una empresa. No obstante, en caso de que una sociedad matriz no esté preparando estados financieros consolidados para el grupo, debe permitirse que los Estados miembros adopten medidas que consideren necesarias para exigir que dicha empresa sea clasificada como una empresa de mayor tamaño, determinando su dimensión y la categoría resultante sobre una base consolidada o agregada. Cuando un Estado miembro aplique una o varias de las exenciones optativas para microempresas, estas deben también definirse en referencia a su total de balance, su volumen neto de negocio y su número medio de empleados durante el ejercicio contable. No debe obligarse a los Estados miembros a definir categorías separadas de empresas medianas y grandes en su legislación nacional en caso de que las empresas medianas estén sujetas a los mismos requisitos que las grandes.

El artículo 3 de esta directiva define las microempresas como las empresas que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de, por lo menos, dos de los tres criterios siguientes:

- a) total del balance: 350.000 euros;
- b) volumen de negocios neto: 700.000 euros;
- c) número medio de empleados durante el ejercicio: 10.

Por pequeña empresa se entenderá aquella que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de, por lo menos, dos de los tres criterios siguientes:

- a) total del balance: 4.000.000 euros;
- b) volumen de negocios neto: 8.000.000 euros;
- c) número medio de empleados durante el ejercicio: 50.

Se entiende por mediana empresa aquella que no cumpla los requisitos para ser considerada microempresa o empresa pequeña y que, en la fecha de cierre del balance, no rebase los límites numéricos de, por lo menos, dos de los tres criterios siguientes:

- a) total del balance: 20.000.000 euros;
- b) volumen de negocios neto: 40.000.000 euros;
- c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

§4. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Cumpliendo con el espíritu de las directivas europeas de reducir el peso de los requisitos contables para las empresas de menor dimensión, se establece la posibilidad de formular unos estados financieros abreviados cuando se cumplan unos requisitos referenciados a su total de balance, su volumen neto de negocio y su número medio de empleados durante el ejercicio contable, ya que estos criterios suelen proporcionar datos objetivos de la dimensión de una empresa.

El art. 257 TRLSC regula el balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados. Establece a tal efecto que:

1. Podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:
 - a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.
 - b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.
 - c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.
3. Cuando pueda formularse balance en modelo abreviado, el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios.

Por su parte, el art. 258 regula la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:



La cláusula suelo, la de gastos, la de vencimiento anticipado, la de IRPH... y toda una plétora de cláusulas predispuestas, han copado en buena parte la actividad jurisdiccional en España durante los últimos años. Estos procedimientos han tenido como protagonista destacado al consumidor persona física. El empresario, por el contrario, ha sido desplazado del derecho a reclamar bajo el argumento (entendible) de que no se le aplica la normativa de consumidores y usuarios, al que se le añade otro (incomprensible) de que se halla en situación de negociar con la banca los préstamos que financian su negocio en una posición de igualdad. De esta manera, y salvo el tímido arranque de algunos tribunales bajo la estela de la STS de 9 de mayo de 2013, las pymes y los autónomos han sido desplazados del derecho a reclamar la nulidad de las mismas cláusulas que eran declaradas abusivas en procedimientos instados por consumidores.

Este estado de cosas por fuerza tenía que cambiar, y así ha sucedido. Primero con la STS 57/2019 de 25 de enero, después con la 68/2020, de 11 de marzo, y por último con la STS 130/2021, 9 de marzo, nuestro Alto Tribunal ha abierto una vía en un barco hasta la fecha capitaneado sin sobresaltos por la banca. La figura jurídica que ha propiciado este cambio ha sido el denominado control de inclusión o de incorporación propio de la legislación sobre condiciones generales de contratación. En la presente monografía profundizaremos en los mecanismos de control de las cláusulas incluidas en préstamos a pequeños empresarios.

ISBN: 978-84-9090-570-8



9

788490

905708



3652K2924



ER-0290/2005



GA-2005/0100