



Roj: **SAP PO 2/2015 - ECLI: ES:APPO:2015:2**

Id Cendoj: **36038370012015100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2015**

Nº de Recurso: **684/2014**

Nº de Resolución: **37/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00037/2015**

**APELACIÓN CIVIL**

**Rollo: 684/14**

**Asunto: Juicio Ordinario**

**Número: 127/13**

**Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENITEZ**

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NÚM.37**

En Pontevedra, a cinco de febrero de dos mil quince.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 684/14, dimanante de los autos de juicio ordinario incoados con el núm. 127/14 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, siendo apelante el demandante **D. Demetrio**, representado por la procuradora Sra. Redondo Sandoval y asistido por el letrado Sr. Sanmartín Muñiz, y apelada la demandada "**BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.**" ("**BANCO CEISS, S.A.**"), representada por la procuradora Sra. Abella Otero y asistida por el letrado Sr. Torres Álvarez. Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En fecha 8 de octubre de 2014 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:



" Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procurador de los Tribunales Doña Teresa Redondo Sandoval, en nombre y representación de D. Demetrio , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a CAJA ESPAÑA de todas las pretensiones deducidas en su contra.

Se hace expresa imposición de costas al demandante."

**SEGUNDO** .- Notificada la resolución a las partes, por la representación del demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2014 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se revoque la de instancia y se estime la demanda, con imposición de costas a la demandada en ambas instancias.

**TERCERO** .- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandada, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 15 de diciembre de 2014 y por el que interesaba que, previos los trámites legales, se dictara resolución confirmando íntegramente la de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en la apelación, tras lo cual con fecha 22 de diciembre de 2014 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al Magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

**CUARTO** .- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia de instancia en cuanto no se opongan a los que seguidamente se expresan.

### PRIMERO .- Antecedentes y planteamiento de la cuestión .

El supuesto de hecho sobre el que se construye la pretensión del demandante es el siguiente:

1º En virtud de escritura pública de fecha 26 de enero de 2007, la entidad "Caja España de Inversiones" otorgó a la sociedad "Promociones Garrido y Barros, S.L." un préstamo por importe de 2.490.000 ? de principal, destinado a la construcción de un edificio de viviendas, sito en la CALLE000 nº NUM000 , Pontevedra, y en garantía de cuya devolución se constituyó una hipoteca sobre la finca y obra en construcción.

2º En la mencionada escritura de préstamo hipotecario, entre otras estipulaciones y con relación al tipo de interés variable pactado, se recogía la siguiente: " En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50% " (extremo en el que coinciden ambas partes, ya que el documento no ha sido aportado).

3º Mediante escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria otorgada en fecha 1 de agosto de 2007, la mercantil "Promociones Garrido y Barros, S.L." vendió a D. Demetrio el piso NUM001 letra NUM002 , destinado a vivienda, situado en la planta NUM001 del citado edificio, con sus anejos (plaza de garaje y trastero), por un precio de 102.773,07 ? (109.967,18 ? incluido el IVA), de los cuales se reconoció previamente entregada la suma de 2.000 ?, abonándose el resto del precio de la vivienda mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda por la cantidad de 110.000 ? (la diferencia de 2.032,82 ? a favor del comprador se satisfizo mediante la entrega de un cheque bancario por la promotora).

4º En particular, la cláusula cuarta de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria rezaba: " Don Demetrio como consecuencia de lo contenido en el otorgamiento Segundo y Tercero, además de la responsabilidad real que pesa sobre la vivienda que adquiere hipotecada, se subroga con carácter liberatorio para la entidad vendedora en la deuda personal derivada y existente a favor de la "Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad", hasta el importe total de la hipoteca de CIENTO DIEZ MIL EUROS, declara conocer y aceptar el contenido de la escritura de préstamo hipotecario antes reseñada, obligándose al cumplimiento de cuanto sea consecuencia de la misma... "

Con estas premisas, D. Demetrio ejercita una acción individual de nulidad de la cláusula de limitativa de la variación a la baja del tipo de interés que se contiene en la escritura de préstamo hipotecario en el que se subrogó, contra la entidad prestataria (hoy, "Banco CEISS, S.A."), al amparo de los arts. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10, 82, 83 y 85 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , al entender que nos hallamos ante una condición general de la contratación, sobre la que no recibió explicación alguna por parte del personal de la sucursal en la que se contrató y cuya existencia e implicaciones desconocía al suscribir la escritura; cláusula que transgrede el principio de buena fe contractual



y provoca un desequilibrio sustancial e injustificado de las obligaciones entre ambas partes, incurriendo en falta de transparencia y abusividad.

La demandada "Banco CEIIS, S.A." se opuso a la demanda invocando con carácter previo las excepciones de prejudicialidad civil, de cosa juzgada y de prescripción de la acción de nulidad que se ejercita, alegando en cuanto al fondo, primero, que el contrato de compraventa con subrogación hipotecaria se celebró entre la sociedad "Promociones Garrido y Barros, S.L.", como vendedor, y D. Demetrio , como comprador subrogado, recayendo sobre la primera la obligación de informar al segundo sobre las condiciones del préstamo y, en concreto, sobre la cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sin que pueda atribuirse responsabilidad alguna a la entidad de crédito demandada desde el momento en que no fue parte ni intervino en aquel contrato, cuya existencia conoció al día siguiente del otorgamiento de la escritura y porque así se lo comunicó el propio comprador prestatario; segundo, que D. Demetrio era consciente de las condiciones del préstamo concedido a la promotora y las aceptó, compareciendo el 2 de agosto de 2007 en las dependencias de la demandada, donde suscribió un documento denominado " *solicitud de operación de activo* ", en el que figuraban dichas condiciones y que firmó en prueba de conformidad, abonando las cuotas resultantes de la aplicación de la cláusula litigiosa hasta que, en febrero de 2011, negoció con la demandada una reducción del límite mínimo a la variación, que pasó del 3,50% al 3,10% durante un año; tercero, no estamos ante una condición general de la contratación, sino ante una cláusula negociada, que forma parte del precio y que, al afectar al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control de abusividad; y, cuarto, que en todo caso la cláusula es válida en cuanto no introduce ningún género de desequilibrio ni contraviene la buena fe contractual.

La Juzgadora "a quo" rechazó en la audiencia previa las excepciones de prejudicialidad civil y de cosa juzgada.

Ya en sentencia, tras descartar la excepción de prescripción de la acción, al apreciar que la norma aplicable no es el art. 1301 CC , sino el art. 19 LCGC, que establece el carácter imprescriptible de la acción, la Juez analiza la naturaleza jurídica de la cláusula estudiada y concluye que estamos ante una condición general de la contratación, que forma parte del objeto principal del contrato, pero no constituye su elemento esencial, lo que permite que pueda ser sometida al control de transparencia en su doble sentido de control de inclusión (si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato) y control de comprensibilidad (grado de conocimiento que el cliente tenía de la estipulación y de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba su aceptación); doble control que, tratándose de un caso de subrogación del demandante en el préstamo a un promotor, obliga a dilucidar previamente a quién correspondía ofrecer la información sobre los términos del préstamo hipotecario en el que se incluía la cláusula suelo, garantizando así su transparencia en el doble ámbito antes expuesto.

Llegado este punto, siguiendo la orientación expuesta en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012, en relación con el Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores, la sentencia entiende que, al no haber comparecido la demandada al otorgamiento de la escritura ni como parte ni en cualquier otro concepto, no le es exigible acreditar información previa, ni es responsable del contenido del documento público, sin que sea de aplicación la Orden de 5 de mayo de 1994 que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos a consumidores, incumbiendo la obligación de informar al promotor/vendedor, por lo que " *se habría superado el doble control de transparencia, al no tener la entidad bancaria la obligación de informar al subrogante. En consecuencia, no se justifica la apertura del juicio de abusividad de la cláusula controvertida* ", lo que comporta la desestimación de la demanda.

Disconforme con esta resolución, el demandante interpone recurso de apelación, argumentando, por una parte, que la entidad bancaria estuvo al tanto en todo momento de la operación de subrogación y fue conocedora de todas las circunstancias personales del subrogado antes del otorgamiento de la escritura, a pesar de lo cual no le informó de la existencia y consecuencias de la cláusula; y, por otro lado, que permitir que la entidad financiera derive la responsabilidad al promotor que, a la par que vende sus viviendas comercializa para la entidad los préstamos hipotecarios de los compradores, actuando de facto como comercializador de los préstamos de aquella, facultaría a la financiera no tener que cumplir con los criterios de protección al consumidor y esquivar el marco tuitivo legalmente establecido.

### **SEGUNDO.- El deber de información en los casos de compraventa y subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario suscrito entre el promotor y la entidad de crédito.**

Como se acaba de exponer, el debate en esta alzada se circunscribe a dilucidar si la línea jurisprudencial sobre el doble control de transparencia en materia de cláusulas abusivas es aplicable, y en su caso cómo y en qué medida, en los casos en que un consumidor se subroga en el contrato de préstamo celebrado entre una entidad de crédito y el promotor del que aquél trae causa a título de compra de una vivienda o local; dicho de otra manera, se trata de determinar cual es la extensión y alcance del deber de información de las entidades



financieras en los casos de préstamos destinados a financiar la construcción y promoción de inmuebles y en los que el adquirente y prestatario final puede ser un consumidor.

En una primera aproximación podemos distinguir dos supuestos:

1º La entidad de crédito prestamista comparece e interviene en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria, en cuyo caso a su vez cabe diferenciar en función de la naturaleza de la subrogación:

- si es una subrogación pura o simple en el préstamo, de manera que el prestatario asume la operación en sus propios términos de capital, interés, plazo y demás condiciones, parece evidente que la entidad prestataria habrá de informar cumplidamente al cliente, tanto antes como durante la contratación, no solo sobre la existencia de las diversas cláusulas del préstamo, sino también de las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan de su aceptación, asegurándose de que son conocidas por el prestatario, así mediante la suscripción de un documento o ficha informativa lo suficientemente clara, sencilla y expresiva, como a través de la posterior intervención y asesoramiento del Notario autorizante;

- si la subrogación entraña una novación modificativa de alguna o varias de las condiciones principales del préstamo (importe, tipo de interés, plazo de amortización...), 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 aquélla 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.

2º La entidad financiera no interviene en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria, que se desarrolla exclusivamente entre el promotor/vendedor y el comprador/subrogado: aquí es cuando surge la discusión, puesto que, por una parte, pudiera parecer que si la entidad bancaria no comparece, ni como parte ni en cualquier otro concepto, en el negocio jurídico que se celebra a presencia notarial, no puede exigírsele una información previa ni es responsable del contenido del documento público, es decir, de que la escritura refleje con la suficiente claridad y transparencia las cláusulas que regirán la vida del préstamo, mientras que, por otro lado, si dicha responsabilidad se traslada al promotor/vendedor del inmueble, es muy probable que se ponga en peligro el objetivo de que el destinatario tenga conocimiento cabal del contenido del contrato, toda vez que el vendedor ni tiene formación y elementos para garantizar dicho resultado, ni mayor interés en alcanzarlo, de forma que, en el mejor de los casos, se limitará a entregar el documento con las condiciones del préstamo que haya recibido de la entidad prestataria, convirtiendo el deber de información en una obligación meramente formal.

A pesar de que es un supuesto muy frecuente en la práctica, la Ley no lo aborda expresamente ni concreta si la obligación persiste y, en caso afirmativo, sobre quien recae, la entidad prestataria, el promotor/vendedor o, incluso, el notario autorizante.

Desde el punto de vista reglamentario, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, establece en el art. 4 que *"[Q]uienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente: ... 7. Precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago ."*

Y el art. 6.1 de la misma norma preceptúa que la información *"será especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendrá los siguientes datos: 1.º Precio total de la venta (...). 2.º Forma de pago. En el caso de preverse aplazamientos se indicará el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros. 3.º Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas. 4.º Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades. 5.º Garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él, aplazado ."*

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, se limitaba a regular la información mínima que, cualitativa (el modo y tiempo) y cuantitativamente (aspectos a los que se extiende), la entidad tiene la obligación de proporcionar al prestatario en aquellos préstamos que, por su finalidad e importe, se consideran merecedores de una mayor protección (cuando se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, el prestatario sea persona





física y el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25.000.000 ptas.), pero no abordaba el problema de la información en el caso de subrogación de un tercero en el préstamo al promotor.

Más recientemente, a título orientativo (recordemos que la escritura de compraventa con subrogación es de fecha 1 de agosto de 2007), la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que deroga la anterior), establece un conjunto de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, entre los que se recoge la concesión de créditos y préstamos, a los que dedica el Título III, cuyo Capítulo II, arts. 19 a 32, recoge las medidas para garantizar la transparencia en los créditos y préstamos hipotecarios, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación todos los celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

A tal fin, la Orden prevé una serie de exigencias de información tanto de carácter precontractual (*la ficha de información precontractual* -que contendrá una información clara y suficiente sobre los préstamos que oferte la entidad, art. 21-, *la ficha de información personalizada* -una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato, art. 22-, la entrega de una *oferta vinculante* -art. 23-, la información adicional sobre *instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés* que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad -art. 24-, la información adicional sobre *cláusulas suelo y techo* -art. 25- o la información adicional en caso de *interés variable* -con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, art. 26-), como en el propio documento contractual o en el acto de otorgamiento, en cuyo caso, sin perjuicio del derecho (renunciable) del cliente a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (art. 30.2), se impone al notario interviniente la obligación, no solo de velar por el cumplimiento de la legalidad vigente y de lo dispuesto en la mencionada Orden, sino de *informar al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y de los concretos extremos que se relacionan en el art. 30.3 y entre los que se encuentra, en el caso de préstamos a tipo de interés variable, además de comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, el advertirle expresamente de que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo*, en cuyo caso el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

- i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

Pues bien, a diferencia de la OM de 5 de mayo de 1994, la OM de 28 de octubre de 2011 sí que aclara en el art. 19.3 que "*[L]as 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*".

Aunque el precepto parece referirse a la información personalizada prevista en el art. 22, lo cierto es que, como quiera que no ha habido posibilidad de que la entidad financiera haya valorado la demanda de crédito de los potenciales clientes a subrogar, y, por ende, proporcionado una información individualizada que permita al destinatario adoptar una decisión fundada, o bien se entiende que el art. 19.3 alude en realidad a la información precontractual (art. 21) o se convierte la ficha de información personalizada en una ficha estereotipada que, en el fondo, viene a coincidir con aquella.

En cualquier caso, la norma no distingue en función de la intervención o no de la entidad de crédito en el acto de otorgamiento, ni precisa si introduce una obligación a mayores, extendiendo el ámbito de responsabilidad al constructor o promotor, pero sin librarse del propio, o, por el contrario, supone una especie de derivación de responsabilidad de la entidad de crédito al constructor o promotor, que trasladaría a este último no solo la carga de informar sobre las condiciones del préstamo de manera que se garantice la debida transparencia de las cláusulas, sino la responsabilidad en caso de incumplimiento (tesis sostenida por el Banco de España, en su Memoria de 2012, y asumida por la sentencia objeto de recurso).

En esta tesitura, la Sala se inclina por la primera línea interpretativa por los siguientes motivos:



*1º La subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación que requiere el consentimiento del deudor.*

Lógicamente, al acreedor no le resulta indiferente quien sea el deudor. De ahí que el art. 1205 del Código Civil exija el consentimiento del acreedor para que tenga lugar la sustitución de un deudor por otro con efectos liberatorios para el primero.

Dicho consentimiento puede prestarse en cualquier momento y forma, es decir, puede ser coincidente con el negocio jurídico celebrado entre el deudor primitivo o el nuevo o puede ser anterior o posterior, aunque ha de ser inequívoco, claro, preciso y contundente ( STS de 21 de marzo de 2002 ), sin que pueda presumirse, ni deducirse del mero conocimiento por parte del acreedor ( STS de 25 de noviembre de 1996 ); algunas resoluciones exigen una declaración de voluntad expresa del acreedor ( SSTs de 14 de noviembre de 1990 y 23 de diciembre de 1992 ), si bien, en general, la jurisprudencia admite el consentimiento tácito del acreedor derivado de una conducta que implique inequívocamente una ratificación adhesiva del negocio subyacente, como es la aceptación sin oposición del pago hecho por el nuevo deudor ( STS de 16 de marzo de 1995 ).

Si la novación subjetiva pasiva exige el consentimiento del acreedor, previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, es claro que su voluntad condiciona la validez y eficacia de la subrogación y, por tanto, en absoluto puede afirmarse que no interviene o que está al margen del mismo, sino que es una parte que, en tal condición, puede y debe respetar las prescripciones legales, entre las que se encuentra el deber de información.

El problema puede plantearse cuando, como aquí sucede (según reconoció la entidad demandada en el escrito de contestación al recurso de apelación), el acreedor introduce en el contrato original una cláusula expresando su consentimiento genérico a las subrogaciones derivadas de las ventas que pudiera hacer el promotor a terceros. Pero esta posibilidad, justificada en el hecho de que, hasta hace poco tiempo, la garantía hipotecaria era suficiente para asegurar el cobro de la deuda (el estallido de la burbuja inmobiliaria, y consecuente bajada del precio de la vivienda, ha provocado que en muchas ocasiones la carga hipotecaria sea superior al valor de mercado del inmueble), en absoluto exime al acreedor de sus obligaciones legales: una cosa es que pueda servir para agilizar la contratación en masa, en beneficio del acreedor, y otra muy distinta que, al socaire de una autorización indeterminada, pueda eludirse la norma.

En suma, si el acreedor debe prestar su consentimiento a la subrogación en el préstamo, no puede alegar que es ajeno a la celebración del negocio jurídico ni, obviamente, a las prescripciones legales que lo disciplinan, máxime tratándose de un marco jurídico tan regulado como es la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, por lo que habrá de articular la forma por medio de la cual cumplir las obligaciones impuestas.

El primitivo deudor (promotor) no queda liberado frente al banco hasta que éste no consiente en la subrogación (suelen reservarse esta facultad, como es normal) con lo que nos encontramos con que puede elegir entre aceptar o no y, si ha aceptado la subrogación, debería llevar a cabo las actuaciones necesarias para asegurarse de que el adquirente recibe la información adecuada.

*2º La entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusulas que estimó pertinente y, entre ellas, la cláusula limitativa de variación a la baja de los tipos de interés .*

Las escrituras de préstamo hipotecario se redactan según la minuta proporcionada por la respectiva entidad bancaria, de manera que, tanto si en la escritura de subrogación hipotecaria se transcriben las cláusulas de la escritura del préstamo matriz, como si el texto se limita a recoger una referencia genérica a las cláusulas de esta última (supuesto más frecuente), ha de asegurarse que la estipulación no solo es comprensible desde un plano puramente formal o gramatical, sino que el documento contiene las explicaciones necesarias y expone de manera transparente el motivo y las consecuencias del mecanismo de limitación a la baja de las fluctuaciones del tipo de interés, de forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento, pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que la ausencia de la entidad prestataria en la firma del segundo contrato pueda enervar el derecho del deudor a recibir la información necesaria para decidir su aceptación con el suficiente conocimiento de causa.

*3º La entidad prestamista es la que se beneficia por la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo .*

La limitación del aumento del tipo de interés a partir de ciertos niveles puede representar un beneficio para el prestatario, al impedir que se incrementen sus costes financieros, pero siendo la operación de financiación el lucro de la entidad de crédito, por lo demás lícito y necesario en la sociedad para el desarrollo económico, el beneficio del techo para el cliente puede desincentivar la actividad financiera, por lo que se establece un límite a la reducción del tipo de interés, como compensación para la entidad bancaria. Lo que se exige es que entre los denominados techo y suelo exista un equilibrio.



La denominada cláusula suelo protege a la entidad financiera contra el riesgo de que el tipo de interés disminuya por debajo de cierto nivel mínimo, garantizando así que la operación reporta un beneficio económico, por lo que, si la prestamista es la única favorecida por la incorporación de esta cláusula, primero en el contrato de préstamo matriz y después, por la subrogación, en el segundo contrato de compraventa con subrogación hipotecaria, deberá asumir como contrapartida la carga de asegurar que el prestatario ha recibido toda la información necesaria para evaluar las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Piénsese que, en un mercado de libre competencia, la estipulación no reporta ninguna ventaja significativa al promotor que vende y subroga al tercero en su posición.

*4º La entidad financiera debe responder por el promotor/vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia ex art. 1902 CC, sea por responsabilidad por hecho ajeno ex art. 1903 CC.*

La entidad prestamista no está obligada a contratar con cualquier persona física o jurídica, sino que, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, ha de analizar y ponderar sus condiciones de solvencia no solo económica, sino también, sobre todo, profesional o empresarial, debiendo sopesar la capacidad del cliente para cumplir las obligaciones derivadas del mismo, de manera que, si finalmente no ocurre así, habrá de asumir las consecuencias que se derivan frente a terceros.

En efecto, la responsabilidad de la entidad de crédito puede fundarse en dos títulos distintos: bien en el art. 1903 párrafo 4º CC, si se entiende que, de algún modo, se reserva una cierta facultad de control o vigilancia del cumplimiento de los deberes de información que recaen sobre el promotor, en cuyo caso responde por culpa o negligencia de quien en realidad no deja de ser un dependiente suyo (a estos efectos), por mucho que cuente con una organización empresarial autónoma; bien en el art. 1902 CC en el caso de que, aun considerando que el promotor obra de forma independiente, se aprecia en el comitente (entidad de crédito contratante) una negligencia en su elección (SSTS de 26 de septiembre de 2007, 17 de septiembre de 2008 y 1 de octubre de 2008), o en la vigilancia y control de ciertos aspectos de la actividad del promotor que debía haber supervisado (STS de 13 de junio de 2007), esto es, el comitente tiene que responder por culpa propia y con base en el art. 1902 CC cuando recaiga sobre él un deber de cuidado, como es la obligación de información legal y reglamentariamente impuesta.

*5º La actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito.*

La exigencia de transparencia como instrumento para hacer frente la asimetría de información incluye una serie de evaluaciones y requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual, cuya materialización necesita personal debidamente formado.

Recuérdese que la 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) nº 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).

Si la norma exige que el personal de la entidad prestamista posea los conocimientos y la competencia adecuados para alcanzar un alto nivel de profesionalidad (considerando 32) y, en general, el nivel adecuado de conocimientos y competencia en relación con el servicio que se preste, ello obedece a la importancia que se concede a la información como presupuesto para alcanzar el grado de protección del consumidor al que aspira la Directiva y que no puede ofrecer otro interviniente como pudiera ser el promotor/vendedor de la vivienda.

El promotor/vendedor no tiene ni formación, ni experiencia suficientes para garantizar el nivel adecuado de información al prestatario subrogado, ni interés alguno en lograr dicho objetivo. La transmisión al promotor de la obligación de informar supondría circunscribir dicha obligación a la mera entrega del documento que contenga las condiciones del préstamo, lo que no puede considerarse suficiente a los efectos pretendidos.

*6º L a transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitiría a aquélla eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores.*

Si se admite con carácter general que la subrogación de un tercero en la posición del promotor implica la asunción por éste de las obligaciones, y consecuente responsabilidad, inherentes al prestamista, se abre la puerta a posibles fraudes de ley y, en todo caso, a fórmulas que facilitan la elusión por parte de quien continua siendo prestamista, y beneficiada por el contrato y por la cláusula, del riguroso sistema de cargas legal y jurisprudencialmente impuesto para paliar la situación de desequilibrio entre ambas partes.

7º *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.*

El sistema de protección que establecen las citadas normas se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Por eso, entre otras medidas dirigidas a reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, se dispone la necesidad de que se ofrezca información y que sea clara, oportuna, suficiente y objetiva, no engañosa, así como de que las cláusulas estén redactadas siempre de forma clara y comprensible ( art. 5 de la Directiva , art. 80.1 LGDCU y arts. 5.5 y 7 LCGC).

El traslado de la responsabilidad del cumplimiento del deber de transparencia (en su enfoque bifronte de respeto a las normas reguladoras del modo de inclusión o incorporación al contrato y a las disposiciones orientadas a garantizar la comprensibilidad real del contenido y de las consecuencias, de manera que el prestatario pueda adoptar una decisión informada y fundada), desde la entidad de crédito, destinataria primigenia de la disposición legal, a un tercero, como puede ser el promotor/vendedor de las viviendas, inicial prestatario, pone en serio peligro la efectividad del sistema de protección que las normas persiguen en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, así como el objeto pretendido de que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable, por lo que debe rechazarse de plano.

*La conclusión que resulta de las consideraciones expuestas es que la obligación de informar al prestatario, inicial o subrogado, incumbe a la entidad de crédito prestamista , con independencia de las que, además, puedan imponerse al promotor/vendedor en el desenvolvimiento de su actividad empresarial y que en modo alguno empecen o desdibujan la que corresponde a aquélla.*

La referida conclusión suscita inmediatamente dos interrogantes: ¿Cómo cumplir el deber de información si la prestamista no interviene en el contrato de compraventa y subrogación hipotecaria? ¿Qué normativa en materia de transparencia cabe aplicar, la prevista para el prestatario inicial -promotor inmobiliario-, o la establecida para el prestatario subrogado -generalmente, un consumidor-?

La primera pregunta encuentra su respuesta en el art. 1.205 del Código Civil . Si el consentimiento del acreedor es requisito *sine qua non* de la novación subjetiva pasiva y, por ende, de la válida subrogación hipotecaria, el negocio no se perfeccionará en tanto la entidad crediticia no preste su aquiescencia, por lo que, con carácter previo, habrá de cumplir las exigencias de información precontractual (ficha de información precontractual, ficha de información personalizada y oferta vinculante, con la información adicional necesaria sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de variación del tipo de interés o sobre las cláusulas suelo o techo) y contractual (cfr. art. 29 de la OM de 28 de octubre de 2011), sin perjuicio de las obligaciones que la legislación notarial y el art. 30 de la OM de 28 de octubre de 2011 señalan al Notario autorizante.

La entidad prestamista podrá autorizar genéricamente la subrogación, estar presente o no, intervenir en el acto de otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria o decidir no hacerlo, pero en ningún caso el ejercicio de esta facultad le libera de las obligaciones que derivan del desarrollo de su actividad en materia de concesión de créditos y préstamos.

Y esta solución es la que nos permite a su vez dar respuesta a la segunda de las cuestiones, puesto 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) y, tratándose de personas físicas, a los recogidos en la Orden de 28 de octubre de 2011 (cfr. el art. 2 apartados 1 y 4 , conforme a los cuales, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Orden, con la excepción de lo establecido en los arts. 19 a 32). Por el contrario, respecto del segundo contrato (compraventa con subrogación hipotecaria), desplegarán toda su eficacia la Directiva 1993/13/CEE , la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y la normativa reglamentaria apuntada.





### **TERCERO.- Aplicación al caso de autos. El control de transparencia de la cláusula "suelo" litigiosa, en su faceta de control de incorporación .**

Una vez resuelta la cuestión planteada y no discutiéndose que estamos ante una condición general de la contratación, procede examinar si, en el concreto caso estudiado, la cláusula "suelo" supera el doble control de transparencia.

Como declaró la STS de 9 de mayo de 2013 , y recoge la Juzgadora "a quo", nos hallamos ante una cláusula referida al objeto principal del contrato en tanto que forma parte inescindible del precio y cumple una función definitoria o descriptiva esencial (cfr. el párrafo 190), por lo que, como regla, no puede examinarse la abusividad de su contenido, aunque ello no supone que no se les someta al doble control de transparencia (cfr. párrafos 196 y 197).

El primer filtro del control de transparencia viene dado por la fórmula de incorporación al contrato. Así, el art. 5.5 LCGC establece que "*[L]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*" - y el art. 7 LCGC dispone que "*[N]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)*".

La mencionada STS de 9 de mayo de 2013 señala a este respecto que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, "*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor*", por lo que, siempre en este primer nivel, el debate se reconduce a determinar si en el supuesto litigioso se cumplieron las previsiones contenidas en aquella norma reglamentaria.

La referida Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

Pero además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

Y a esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Así, el art. 3 de la Orden impone a la entidad financiera el deber de entregar al prestatario un folleto con el contenido mínimo previsto en el Anexo I y que indicará los posibles gastos y servicios accesorios, incluidos los derivados de la tasación del inmueble (arts. 3 y 4), de manera que, una vez efectuada la tasación y, en su caso, las comprobaciones necesarias sobre la capacidad financiera del cliente, la entidad de crédito vendrá obligada a hacer una oferta vinculante de préstamo al eventual prestatario, por escrito y especificando las condiciones financieras a las que se refiere el Anexo II (entre las que se incluye el tipo de interés variable y las limitaciones a las variaciones del tipo de interés), o, en su caso, notificarle la denegación del préstamo (art. 5.1).

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo, ante el Notario autorizante, que en todo caso deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación, así como, en el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la Orden, el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores, o se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, en particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, debiendo consignar expresamente en la escritura esa circunstancia.



Nada de esto consta que se cumpliera en el supuesto enjuiciado: ni entrega de un folleto informativo, ni oferta vinculante, ni puesta a disposición previa de la minuta con las condiciones del préstamo, ni, por último, advertencia alguna del fedatario público en relación con las concretas cláusulas financieras del préstamo matriz, al menos en la parte que afectaban al comprador, antes al contrario, la información se reduce a la mera mención de que:

*" Don Demetrio como consecuencia de lo contenido en el otorgamiento Segundo y Tercero, además de la responsabilidad real que pesa sobre la vivienda que adquiere hipotecada, se subroga con carácter liberatorio para la entidad vendedora en la deuda personal derivada y existente a favor de la "Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad", hasta el importe total de la hipoteca de CIENTO DIEZ MIL EUROS, declara conocer y aceptar el contenido de la escritura de préstamo hipotecario antes reseñada, obligándose al cumplimiento de cuanto sea consecuencia de la misma... "*

Mas la "reseña" que se menciona se circunscribe a la indicación de la fecha y número de protocolo de la escritura de préstamo matriz, que se indica en el apartado "cargas".

Es evidente, pues, que no se han cumplido los requisitos exigidos para considerar que la cláusula se incorporó correctamente al contrato, en tanto que ni se incluyeron en el documento, bien por transcripción bien como anexo, ni se referenciaron siquiera (no consta ni el plazo de amortización, ni el interés aplicable, ni mucho menos la limitación a la variación a la baja del tipo de interés...), por lo que, de conformidad con el art. 7 letra a), en relación con el art. 5 apartados 1 y 5, ambos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, la cláusula discutida se debe tener por no incorporada al contrato.

La parte demandada argumenta que la citada Orden no es de aplicación porque está fuera del ámbito expresado en el art. 1, toda vez que ni el prestatario inicial era una persona física, sino una sociedad, y el importe excedía con mucho de los 150.000 ?.

Sin embargo, ya se ha dicho que es menester distinguir entre los dos contratos: una cosa es que el primero, por las circunstancias de los intervinientes, finalidad, importe..., quede al margen de la norma reglamentaria, y otra que eso implique la exclusión de las posteriores subrogaciones cuando, aisladamente consideradas, entren dentro del ámbito de aplicación de la norma, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, puesto que la subrogación tenía por objeto la adquisición de la vivienda, la hipoteca recayó sobre la misma, el prestatario era una persona física y el principal ascendió a 110.000 ?.

Se alega que el Real Decreto 515/1989 imponía al promotor entregar el documento con las condiciones del préstamo, pero ni consta que dicha obligación se cumpliera, ni dicho deber exonera a la entidad de crédito de su obligación, ni su cumplimiento puede entenderse que la libera de cualquier responsabilidad, entre otras razones porque la información que prevé no agota ni se confunde con la información que debe proporcionar la entidad financiera, sin que baste una mera referencia a la escritura matriz desde el momento en que la misma no se aporta en todo o, al menos, los particulares más relevantes, para su incorporación en la escritura de subrogación (al margen de que en este caso la escritura de subrogación tampoco hace referencia a los "vencimientos y cantidades" que exige el art. 6 del Real Decreto).

No obstante, aun prescindiendo de lo expuesto y admitiendo a efectos dialécticos que se respetara el primer nivel de transparencia o filtro de incorporación, la prueba documental practicada revela que tampoco se cumple el segundo control o filtro de comprensibilidad real.

**CUARTO.- El segundo nivel del control de transparencia: la transparencia entendida como la comprensibilidad real de la cláusula .**

La entidad demandada razona que, como el contrato de préstamo originario se celebró con un empresario, cumplido el control de transparencia en su primer nivel, ya no procede enjuiciar el segundo, limitado a los contratos celebrados con consumidores.

La alegación no puede ser acogida porque, si bien es cierta en lo que concierne al préstamo matriz, no ocurre lo mismo con relación al segundo de los contratos (compraventa con subrogación hipotecaria), en el que una persona física consumidora se subrogó en la posición del empresario prestatario, lo que supone que tuvo lugar una novación subjetiva pasiva, que la entidad prestamista tuvo forzosamente que consentir para su validez, asumiendo por tanto las consecuencias que se derivaban de tal modificación.

Partiendo de que nos hallamos ante un contrato celebrado con consumidores y para el caso de que se entendiera (solo a efectos dialécticos, se insiste) que la cláusula litigiosa supera el control de inclusión, procede determinar si respeta el segundo, es decir, si el demandante conoció o pudo conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente suponía para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica



del mismo, esto es, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (cfr. la STS de 18 de junio 2012 ).

A este segundo nivel se refiere el art. 80.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , cuando establece:

*" 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

**a)** *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

**b)** *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura"* (este último apartado, introducido por la Ley 3/2014, de 27 de febrero, se cita a los solos efectos interpretativos, dado que no estaba vigente en la fecha del préstamo).

Como señala la STS de 9 de mayo de 2013 , en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (cfr. parágrafo 211).

De ahí que la citada sentencia concluya, con cita del IC 2000 y de la doctrina sentada en la STJUE de 21 de marzo de 2013 :

*"a ) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.*

*b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato "*.

El análisis de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria no permite afirmar que la repetida condición general de la contratación respete el control de transparencia en el sentido de que la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

De entrada, en el documento no solo se refleja dicha estipulación, sino que tampoco se hace la más mínima referencia a la misma, por lo que difícilmente pudo ser conocida por el prestatario.

Bien es verdad que en la escritura se alude a la escritura del préstamo matriz, de forma que, en el plano teórico, el comprador podría haber pedido al vendedor o recabado del Notario una copia para estudiarla en profundidad y reflexionar sobre la existencia y alcance de cada una de las cláusulas. Pero eso supone hacer recaer al consumidor una responsabilidad que la Ley impone al prestamista precisamente para tratar de subsanar la situación de desequilibrio en que el consumidor se encuentra frente a la entidad financiera, de modo que, si concluyéramos que el comprador debía haber removido los obstáculos para acceder al contenido del documento en que se plasmó el préstamo original y comprender y evaluar sus implicaciones jurídicas y económicas, estaríamos incrementando la desigualdad entre ambos en perjuicio del consumidor, y, lógicamente, menoscabando el nivel de protección que se pretende lograr.

En todo caso, al no disponer la Sala de una copia de la escritura de préstamo matriz (curiosamente, no se ha aportado por ninguna de las partes), le es imposible concluir que la cláusula, atendida su redacción, ubicación, estipulaciones complementarias, anteriores o posteriores, condicionantes..., cumpla la exigencia de claridad y sencillez, así como que no quede oscurecida por el resto de estipulaciones, impidiendo que pueda ser percibida por el consumidor como relevante y, merecedora de la atención necesaria al tratarse de un elemento que afecta al objeto principal del contrato, de forma que permita concluir que hubo un nivel de información sobre la



cláusula discutida suficiente para que el prestatario pudiera comprender la naturaleza y efectos económicos y jurídicos de la estipulación.

La parte demandada se opone a esta conclusión alegando, en un encomiable esfuerzo discursivo, que el Sr. Demetrio fue debidamente informado sobre las condiciones del contrato y, por tanto, sobre la existencia de la cláusula suelo, cuando, al día siguiente de formalizar la compraventa con subrogación hipotecaria, compareció en la sucursal bancaria y suscribió la denominada " *solicitud de operación de activo* ", que se acompaña como documento nº 11 de la demanda (folio 383). Asimismo, se razona que, tres años y medio después, el demandante negoció personalmente la modificación a la baja de la cláusula suelo, consiguiendo que, con fecha 9 de febrero de 2011, se redujera desde el 3,50% al 3,10% por el plazo de un año, según se desprende de la hoja titulada " *modificación de condiciones* ", que se aporta como documento nº 12 (folio 386).

El razonamiento no se comparte porque lo que la entidad financiera ha de demostrar es que el consumidor dispuso de esa información de manera previa y con la antelación suficiente para hacer una valoración correcta de su significado, esto es, para hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas que se derivaban de la inclusión de límites a la variación de los tipos de interés, y evaluar si lo que se le ofrecía como un préstamo a interés variable era en realidad un préstamo de interés variable pero solo al alza, esto es, un préstamo a interés variable pero solo en beneficio de la entidad de crédito.

En esta línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado reiteradamente que " *tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de la información de las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional* " (véanse las Sentencias RWE Vertrieb, EU: C:2013:180, apartado 44, y Kasler, de 30 de abril de 2014, C-26/13 ).

El deber de transparencia debe cumplirse en el propio curso de la negociación previa y de la oferta que se realice porque es lo que garantiza que el cliente puede reflexionar y adoptar una decisión libre en tanto que fundamentada en los pros y contras que se derivan del juego de las diferentes cláusulas del contrato.

Si la explicación se produce a posteriori, cuando el cliente ya ha aceptado el conjunto de derechos y deberes que dimanen del contrato, podremos hablar de una decisión resignada, pero no de una decisión informada.

Podría argüirse que la " *solicitud de operación de activo* " constituye, en realidad, el acto por el que la prestamista consiente la subrogación y, por consiguiente, que en ese momento proporcionó la información debida. Pero ni ésa es la postura que sostiene la demandada -según la cual el consentimiento se prestó genéricamente en la escritura original-, ni en todo caso se ha acreditado que, en las 24 horas transcurridas, se ofreciera la información mínima exigible.

Y lo mismo cabe decir respecto a la pretendida negociación del "suelo", que se dice que tuvo lugar el 9 de febrero de 2011. En primer lugar, el hecho de la reducción del tipo de interés mínimo no comporta la convalidación de la nulidad de la cláusula ni supone una voluntad del prestatario consumidor de renunciar a hacer valer los vicios de que pudiera adolecer, sino, en su caso, el intento de minorar el perjuicio sufrido, pero partiendo de una estipulación que despliega sus efectos mientras no se anule; y, en segundo lugar, al margen de la anterior consideración, tampoco se ha probado que hubiera una negociación real en torno a la cláusula "suelo", puesto que, frente a la afirmación de la entidad financiera demandada, el actor manifiesta que acudió al banco en demanda de una reducción del tipo de interés, consiguiendo que lo rebajaran 0,40% durante un año, pero sin que abordara el tema de la cláusula suelo.

La cláusula no supera, pues, el doble filtro o control de transparencia, lo que, aun para el supuesto de que se considerara que se incorporó correctamente al contrato (lo que no es el caso, según se analizó en el fundamento de derecho anterior), daría lugar a su nulidad por falta de comprensibilidad real, con el efecto de que no surtiría efectos a partir de la fecha de la presente resolución.

#### **SEXTO.- Costas procesales .**

La estimación del recurso comporta que cada parte deba asumir las derivadas de esta alzada ( art. 398, en relación con el art. 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En cuanto a las costas de primera instancia, no obstante la íntegra estimación de la demanda, la Sala considera que la falta de una regulación específica del supuesto enjuiciado genera dudas sobre la normativa aplicable y las obligaciones que respectivamente pesan sobre las partes, por lo que tampoco procede hacer un pronunciamiento de condena al pago a la parte vencida ( art. 394 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



**LA SALA****FALLA**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Redondo Sandoval, en nombre y representación de D. Demetrio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra el 8 de octubre de 2014 , y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de estimar la demanda presentada por D. Demetrio , representado por la procuradora Sra. Redondo Sandoval, contra el Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. (hoy, Banco CEIIS, S.A.), representada por la procuradora Sra. Abella Otero, y declarar la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés fijada en el contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 1 de agosto de 2007, condenando a la entidad demandada a pasar por dicha declaración de nulidad y a adaptar el importe de las cuotas al interés variable contratado, a partir de la fecha de la presente resolución.

Cada parte deberá asumir las costas causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOC