



Roj: **STS 3027/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3027**

Id Cendoj: **28079110012020100468**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **4806/2017**

Nº de Resolución: **489/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1112/2017,**
STS 3027/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 489/2020

Fecha de sentencia: 23/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4806/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4806/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 489/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 281/2017, de 25 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1239/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente D.^a Carina , representado por el/la procurador D. Rafael Ramón Alba Padilla y bajo la dirección letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez-Morán.

Es parte recurrida Banco Mare Nostrum, S.A. representada por el procurador D. Adolfo Morales Hernández San Juan y bajo la dirección letrada de D. Pedro Javier Martínez Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Rafael Ramón Alba Padilla, en nombre y representación de D.^a Carina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.- se declare abusiva la estipulación pactada relativa la cláusula suelo al tipo de interés del 3,75% establecida en el contrato inicial de préstamo hipotecario concedido por Caja General de Ahorros de Granada, actual Banco Mare Nostrum, a Provinaap Alfacar, en fecha 5-6-2006; ante el Notario Dña. M^a del Pilar Fernández-Palma Macías, Protocolo n O 1518 únicamente en lo que afecta a la subrogación de mis mandantes y que asimismo se contiene por referencia en escritura pública de compraventa con subrogación de fecha 20-10-2008, ante el Notario Dña. M^a del Pilar Fernández-Palma Macías, Protocolo n o 2832 otorgado por mis mandantes y Provinaap Alfacar S.L.

"2.- Que se declare la nulidad de dicha cláusula contractual, con la consecuencia de que se tendrán por no puesta.

"3.- Que se condene a la entidad financiera demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula suelo del 3,75%

"4.- Que se condene a la entidad demandada a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde el inicio de la aplicación de la mencionada cláusula.

"4 BIS.- Subsidiariamente a la anterior pretensión n o 4., que se condene a la entidad demandada a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

"5.- Que se condene a la demandada a abonar el interés legal de la cantidad resultante. Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada, fue registrada con el n.º 1239/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco Javier Gálvez-Torres Puchol, en representación de Banco Mare Nostrum, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada dictó sentencia 55/2017, de 8 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Se estima totalmente la demanda interpuesta a instancia de Doña Carina frente a la entidad "Banco Mare Nostrum SA, y en consecuencia:

"1º.- Se declara abusiva la estipulación relativa la cláusula suelo al tipo de interés del 3,50% establecida mediante documento privado de fecha 20/10/2008 de modificación de la escritura pública de compraventa con subrogación de la misma fecha, 20-10-2008, otorgada ante el Notario Dña. M^a Del Pilar Fernández-Palma Macías, Protocolo nº 2832.

"2º.- Se tiene dicha cláusula por no puesta.

"3º.- Se condena a la entidad financiera demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula suelo del 3,50%, y a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde el inicio de la aplicación de la mencionada clausula.

"4º.- Todo ello con expresa condena de la demandada al pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Mare Nostrum, S.A. La representación de D.^a Carina se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 288/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 281/2017, de 25 de septiembre, cuyo fallo dispone:

"Estimamos el recurso de apelación presentado por Banco Mare Nostrum, S.A. y revocamos la sentencia de 8 de marzo de 2017 dictada en el juicio ordinario nº 1239/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada y desestimando la demanda presentada por doña Carina, le condenamos al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena al pago de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Rafael Alba Padilla, en representación de D.^a Carina, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Unico.- Infracción del artículo 469.1.3º y 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil concretando la infracción del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 24 de la Constitución Española".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por presentar la resolución del recurso interés casacional al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser una sentencia contraria al artículo 6.3 del Código Civil en relación con el artículo 1310 del código civil y jurisprudencia que lo complementa.

"Segundo.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del art. 477.1 de la ley de enjuiciamiento civil por presentar la resolución del recurso interés casacional, al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la ley de enjuiciamiento civil, por ser una sentencia contraria a la doctrina del Tribunal Supremo. Se concreta en la infracción de los artículos 80, 82 y 83 del texto refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y usuarios".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 10 de junio de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Mare Nostrum, S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de septiembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes hechos fijados en la instancia:

1.- D.^a Carina interpuso una demanda en juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum, S.A para que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario a interés variable, originariamente concedido a la sociedad mercantil promotora, en el que se subrogó cuando compró la vivienda, mediante escritura pública de 20 de octubre de 2008.

2.- En la escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble, en concreto en el apartado II de la parte expositiva, el vendedor hace saber a la parte compradora que, según las condiciones del préstamo hipotecario suscrito inicialmente con Caja General de Granada, el adquirente del inmueble si se subrogaba en el préstamo podía elegir entre las tres siguientes posibilidades:

(i) la primera consistente en abonar un interés variable semestralmente, utilizando como referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de las Cajas, más



un diferencial de 0,00 puntos porcentuales para los compradores de viviendas y de los 0,25 puntos para los compradores de locales. A continuación, se incluye la cláusula a la que se refiere la demanda:

"En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo al tipo del 3,75% nominal anual para los compradores de viviendas y del 4,00% nominal anual para los compradores de locales, garajes y trasteros no vinculados a viviendas, y un máximo del 14% nominal anual cualquiera que sea la variación que se produzca".

(ii) La segunda opción era un interés también variable semestralmente utilizando como referencia el Euribor, más un diferencial de 1,00 punto porcentual para los compradores de viviendas y de los 1,25 puntos para los compradores de locales y, como en el caso anterior, a continuación, y sin solución de continuidad, se incorpora la cláusula suelo en los mismos términos antes señalados.

(iii) La tercera opción era ya sin cláusula suelo y el interés remuneratorio a pagar por la compradora en este caso sería el Euribor más 1,5 puntos porcentuales, con posibilidad de reducirse con determinadas bonificaciones.

Una vez expuestas las tres opciones, en la disposición segunda de la misma escritura de compraventa y subrogación se hace constar que la adquirente manifiesta que se subroga en el préstamo hipotecario que grava la finca y opta por la modalidad de interés variable semestralmente, utilizando como diferencial el Euribor al que se le añadirá un margen diferencial de 1,50 puntos porcentuales. Es decir, opta por la tercera modalidad, que no incluye cláusula suelo.

3.- Un mes antes de firmar la escritura de compraventa, la demandante/recurrente solicitó el cambio de las condiciones del préstamo en el que se iba a subrogar y para ello presentó una solicitud ante Caja General de Granada el 17 de septiembre de 2008, donde el interés remuneratorio solicitado fue del "EURIBOR+1 -BONIF. Min 3,5%".

La solicitud fue aprobada por la Caja y un mes después se firmó el contrato privado de modificación parcial de las condiciones del préstamo fechado el mismo día (20 de octubre de 2008) que la escritura de compraventa y subrogación, documento privado que recogía las condiciones que aparecen en la solicitud suscrita un mes antes por la prestataria.

4.- En el apartado 1 del suplico de la demanda se solicitó lo siguiente:

"se declare abusiva la estipulación pactada relativa la cláusula suelo al tipo de interés del 3,75% establecida en el contrato inicial de préstamo hipotecario concedido por CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA, actual BANCO MARE NOSTRUM, a PROVINAAP ALFACAR, en fecha 5-6-2006, ante el Notario [...] únicamente en lo que afecta a la subrogación de mis mandantes y que asimismo se contiene por referencia en escritura pública de compraventa con subrogación de fecha 20-10-2008, ante el Notario [...] otorgado por mis mandantes y PROVINAAP ALFACAR S.L".

En el apartado 2 del suplico se solicitó que fuera declarada la nulidad de la cláusula; y en el apartado 3 "que se condene a la entidad financiera demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula suelo del 3,75%", a la restitución de los intereses y de lo cobrado por la aplicación de la cláusula y al pago de las costas.

5.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo del 3,5% anual, incorporada al contrato privado de 20 de octubre de 2008 por el que se modificaba la escritura pública de compraventa con subrogación de la misma fecha, que se tiene por no puesta, y condenó a Banco Mare Nostrum, S.A. a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula, y a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde el inicio de la aplicación y al pago de las costas, al entender que la entidad financiera no había cumplido los deberes de transparencia material respecto de dicha cláusula.

6.- El banco apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que: (i) frente a la afirmación de la demandante de que "se comprueba que dicha cláusula suelo está inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma. Siendo manifiesto el desfase entre el suelo y el techo, lo cual convierte a esta última en puramente ilusoria como se demuestra a continuación", la lectura de la escritura de compraventa y subrogación permite conocer que la "demanda contiene un relato de hechos equivocado, pues la demandante al subrogarse en el préstamo y elegir entre las tres posibilidades de intereses remuneratorios que se exponen en el documento público de forma clara y sencilla, optó por un interés remuneratorio sin cláusula suelo"; (ii) a pesar de la evidencia de que en la escritura de compraventa y subrogación no se pactó la cláusula suelo cuya nulidad se pretende del 3,75%, además de la prueba documental resulta que el tipo de interés nominal que se le venía aplicando al préstamo no era del 3,75%, como se afirma en la demanda, sino del 3,50%.; (iii) fue la demandante la que un mes antes de firmar la escritura de compraventa



solicitó el cambio de las condiciones del préstamo en el que se iba a subrogar y para ello presentó una solicitud ante Caja General de Granada el 17 de septiembre de 2008, donde el interés remuneratorio solicitado fue del "EURIBOR+1 -BONIF. Min 3,5%"; la solicitud fue aprobada y un mes después se firmó el contrato privado de modificación parcial de las condiciones del préstamo fechado el mismo día que la escritura y que recoge las condiciones que aparecen en la solicitud suscrita un mes antes por la prestataria; (iv) "efectivamente, se llegó a un acuerdo y se consiguió una mejora; de hecho de la propia documentación aportada con la demanda se comprueba que la cláusula suelo del 3,75% que recoge la escritura de compraventa y subrogación no fue la opción elegida y nunca se le ha aplicado este mínimo porque del recibo que también acompaña se puede comprobar que el mínimo que se viene aplicando es del 3,50%"; (v) a pesar de que ni en la demanda ni en la audiencia previa se solicitó la nulidad de la cláusula suelo incorporada al contrato privado de 20 de octubre de 2008, y de que la sentencia de primera instancia declaró la nulidad de dicha cláusula, no se estimó la alegación de la demandada de vulneración de los principios de congruencia, dispositivo y de justicia rogada, al aplicar la doctrina del control judicial de oficio de la abusividad de las cláusulas en contratos con consumidores, conforme jurisprudencia del TJUE; (vi) aplicando dicho control de oficio sobre la cláusula suelo del contrato privado de 20 de octubre de 2008, la Audiencia concluye apreciando la ausencia de falta de transparencia y abusividad, lo que razonó del siguiente modo:

"[...] se comprueba que un mes antes de suscribirse el contrato privado y la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo que describe las tres opciones de intereses remuneratorios a las que la compradora se podía acoger, la Sra. Carina suscribió un documento de modificación de las condiciones del préstamo de fecha 17 de septiembre de 2008 y en este documento cuya validez no ha sido discutida, se incluye el límite a la bajada del tipo de interés de una forma sencilla, clara y se le otorga la misma relevancia que al índice de referencia, con una ubicación sistemática dentro del documento, dentro de las condiciones definitivas de la condición en el apartado "Tipo de interés: EURIBOR+1 -BONIF. Min 3, 5%", sin tener un tratamiento secundario dentro del documento y transcurrido un mes a la solicitud se firmó el documento privado que recoge las condiciones pactadas un mes antes.

"Como la inclusión de la cláusula suelo en el documento de solicitud de cambio de las condiciones del préstamo no se hace de forma sorpresiva, ni oculta entre una profusión de cláusulas financieras, de modo que su exposición al consumidor no provoca por los términos en los que se facilitó su contenido al novar el contrato una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que el prestatario creía haber dado su consentimiento, el recurso de apelación debe prosperar pues se ha acreditado que existieron negociaciones precontractuales y que en esta información previa la inclusión de la cláusula tiene la misma relevancia que el diferencial, con los elementos necesarios para percibir su verdadera relevancia, significándose el suelo como un elemento definitorio del objeto principal del contrato, y además transcurrió un tiempo prudencial desde la solicitud de las nuevas condiciones con la inclusión de la cláusula hasta la firma del contrato definitivo un mes más tarde.

"Como establece la STS de 9 de mayo de 2013, "las cláusulas suelo son en principio lícitas, pero siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría".

7.- La Sra. Carina ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y otro de casación, en su modalidad de interés casacional, basado en dos motivos que han sido admitidos.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Formulación del primer motivo del recurso*

1.- El motivo se encabeza del siguiente modo:

"Primero. - Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por presentar la resolución del recuso interés casacional al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser una sentencia contraria al artículo 6.3 del Código Civil en relación con el artículo 1310 del código civil y jurisprudencia que lo complementa".

2.- En el desarrollo de su fundamentación se argumenta que: (i) la sentencia impugnada admite que por medio del escrito de modificación de las condiciones del préstamo se produjo la convalidación de un acto nulo, aplicando el art. 1311 CC, cuando no cabe la convalidación de los actos nulos, ya que el art. 1310 CC dispone que sólo son confirmables los contratos que reúnen los requisitos del art. 1261 CC, por lo que infringe los arts. 6.3 y 1310 CC; (ii) la jurisprudencia establece que la nulidad en supuestos como el presente es radical y no susceptible de convalidación; (iii) y cita en su apoyo la sentencia de esta Sala 558/2017, de 16 de octubre, cuando afirma que "[...] la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato".

TERCERO. - *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.



1.- El motivo se apoya en una base fáctica distinta de la que se acreditó en la instancia. Parte de la existencia de una cláusula suelo o limitativa de la variabilidad a la baja del tipo de interés pactado en la escritura del préstamo hipotecario en la que se habría subrogado la demandante/recurrente, cuando la realidad de los hechos es que no se produjo la subrogación de ésta en ninguna cláusula suelo.

Como se ha consignado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, la escritura del préstamo hipotecario inicialmente concertado con la promotora y en la que se subrogó la demandante, preveía la posibilidad de que el adquirente de las viviendas gravadas podría optar por una de las tres modalidades de tipos de interés remuneratorio variable, cada una de ellas con su índice de referencia y con su diferencial, pero sólo las dos primeras con inclusión de un suelo o límite mínimo a la variabilidad. La tercera modalidad carecía de cláusula suelo, al no limitar en forma alguna dicha variabilidad en sentido ascendente o descendente.

Y esta fue la concreta estipulación sobre intereses remuneratorios por la que optó y en la que se acordó la subrogación por parte de la compradora, aquí recurrente, según resulta de la disposición segunda de la escritura de compraventa y subrogación, en la que se hace constar que la adquirente manifiesta que se subroga en el préstamo hipotecario que grava la finca y opta por la modalidad de interés variable semestralmente, utilizando como diferencial el Euribor al que se le añadirá un margen diferencial de 1,50 puntos porcentuales, según resulta del relato fáctico de la Audiencia. Es decir, la compradora optó por la tercera modalidad, que no incluía cláusula suelo.

2.- El contrato privado de 20 de octubre de 2008, en el que las partes modificaban determinadas condiciones financieras del préstamo hipotecario, incluyendo la cláusula relativa del tipo de interés remuneratorio y en la que, ahora sí - en dicho contrato privado -, se incorporó una cláusula suelo, no pudo tener en ningún caso el carácter de acto convalidante o confirmatorio de una cláusula suelo nula (la supuestamente incluida en la escritura de préstamo hipotecario en la que se produjo la subrogación), pues, como se ha dicho, los términos en que se produjo dicha subrogación fueron ajenos a cualquier vinculación contractual de la compradora/prestataria a ninguna cláusula suelo.

3.- En consecuencia, el art. 1310 CC, y la jurisprudencia que lo interpreta, no pudieron ser infringidas por la Audiencia por inaplicación, pues tal precepto no resultaba aplicable al caso, por lo que no se plantea en éste supuesto, a diferencia de los resueltos por las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre, y 675/2019, de 17 de diciembre, la cuestión de la medida en que la nulidad de una cláusula suelo abusiva, por falta de transparencia, puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite inferior a la variabilidad. Esto es, si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia. Cuestión que, en consecuencia, no es preciso abordar aquí.

CUARTO. - *Formulación del segundo motivo del recurso*

1.- El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Segundo.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del art. 477.1 de la ley de enjuiciamiento civil por presentar la resolución del recurso interés casacional, al amparo del número 3º del párrafo segundo del art. 477 de la ley de enjuiciamiento civil, por ser una sentencia contraria a la doctrina del Tribunal Supremo. Se concreta en la infracción de los artículos 80, 82 y 83 del texto refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y usuarios".

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia relativa a la transparencia de las cláusulas suelo.

El motivo, por las razones que se exponen a continuación, debe ser desestimado.

QUINTO. - *Decisión del tribunal: el control de transparencia de la cláusula suelo en caso de subrogación en el préstamo hipotecario al promotor. Desestimación del recurso.*

1.- Aunque la Audiencia, de forma congruente con los reseñados antecedentes fácticos, alude en su sentencia a la existencia de negociaciones precontractuales entre las partes - hecho que invoca también la demandada en su escrito de oposición al recurso -, no lo hace para apoyar la *ratio decidendi* de su fallo en la improcedencia de la calificación de la cláusula debatida como condición general de la contratación o en la inaplicación al caso de las normas cuya infracción se denuncia en el motivo, que presuponen la ausencia de negociación individual de las cláusulas a que se refiere, sino como argumento coadyuvante o de apoyo a su conclusión sobre el cumplimiento de los deberes de transparencia material por parte de la demandada, delimitando así el pronunciamiento que constituye la cuestión objeto de la presente controversia, a la que en tales términos debemos dar respuesta.

Esta sala ha abordado la cuestión del control de transparencia de la cláusula suelo en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario concedido al promotor y se han modificado algunas de las condiciones de dicho préstamo, como por ejemplo en las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre, 24/2018, de 24 de enero, 216/2018, de 11 de abril, 519/2018, de 20 de septiembre, y más recientemente en las sentencias 53/2020, de 23 de enero, y 338/2020, de 22 de junio, entre otras.

Doctrina que cabe extrapolar al presente caso, en los términos que veremos, pues si bien en la escritura de compraventa y subrogación no se incluía la cláusula suelo sobre cuya transparencia se pronuncia la sentencia aquí recurrida, en la misma fecha en que se otorgó dicha escritura, sin solución de continuidad, se firmó también un contrato privado en el que se modificaban algunas condiciones financieras del préstamo y, entre ellas, la relativa a los intereses ordinarios, con inclusión de una cláusula que imponía límites a la variabilidad de dichos intereses. Por ello, desde el punto de vista de la transparencia material y de la información precontractual, procede un análisis conjunto de ambos contratos.

2.- El auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, caso Bachman) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal de Justicia resuelve la decisión prejudicial sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

"El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)".

3.- Es decir, el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia.

Esta forma de pago del precio de una compraventa mediante la asunción de la deuda del préstamo, y la subrogación en la carga hipotecaria, está expresamente prevista en nuestro ordenamiento como forma de novación subjetiva por cambio de deudor, tanto civilmente (art. 1.203 y 1.205 CC), como hipotecariamente (art. 118 LH).

Este último precepto contempla: (i) por un lado, la subrogación *ex lege* que se produce en las responsabilidades derivadas de la hipoteca como consecuencia de la transmisión del bien gravado, dada su condición de gravamen real inscrito (art. 32 LH) y la eficacia de reipersecutoriedad propia de la hipoteca (arts. 1876 CC , 126 LH y 685.1 LEC); y (ii) por otro lado, el pacto de subrogación del comprador en la obligación personal (préstamo) garantizada por la hipoteca, en cuyo caso "quedará el primero [vendedor] desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito". Este consentimiento opera como *conditio iuris* de la liberación del deudor inicial (vendedor), dotando de eficacia plena al acto dispositivo de transmisión de la deuda.

4.- El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original (promotor), y si bien no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa cuyo pago se instrumenta, en todo o en parte, mediante la subrogación, sí supone que el vínculo jurídico derivado del préstamo inicialmente concertado con el vendedor pasa a regir entre el prestamista inicial (banco) y el prestatario subrogado (comprador-consumidor), con arreglo a la regulación contractual inicialmente fijada, o con las modificaciones que de forma simultánea o sucesiva a la propia subrogación se hayan introducido en las condiciones del contrato mediante su novación objetiva (art. 1203.1 CC).

5.- Por razón de la estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado (por todas, vid. sentencia 338/2020, de 22 de junio) que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor



que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de proporcionar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.

6.- Por ello, para el caso particular de la subrogación de compradores en el denominado "préstamo promotor", el ordenamiento jurídico establece un conjunto de normas específicamente destinadas a garantizar dicha información. Ya antes de la aprobación de la Directiva 93/13/CEE, 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, dispuso en su art. 6.1.4.º, en el marco de la información relativa al precio de la compra, los medios de pago y las garantías para su efectividad, que "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 esta, 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". Y en su art. 9 estableció que "a la firma del contrato todo adquirente de vivienda [...] tiene derecho a recibir a costa del vendedor copia de los documentos a que se refieren los artículos anteriores".

7.- Más tarde, se aprobó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, dictada en cumplimiento de la habilitación concedida por el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito.

Dicha Orden estableció un régimen de información precontractual (folleto informativo - art. 3 -, oferta vinculante - art. 5 -, 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 - art. 7 -) respecto de todos los préstamos hipotecarios incluidos en su ámbito de aplicación (préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito a favor de prestatarios personas físicas, cuyo importe no exceda de 25 millones de pesetas - límite cuantitativo posteriormente suprimido por la Ley 41/2007-). Y específicamente en relación con los préstamos a promotores estableció en su art. 1.3 que, con independencia de las reglas establecidas en el citado Real Decreto 515/1989, "cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden [...]".

8.- La citada Orden ministerial fue sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, dictada al amparo de la habilitación concedida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que trató de materializar un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. En lo que ahora interesa, esta Orden estableció en su art. 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".

Este artículo de la Orden EHA/2899/2011 se desarrolló en el anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012, relativo a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables; el punto 12 señala: "En los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los clientes información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo".

9.- La evolución legislativa en esta materia se ha completado mediante la reciente aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que en su disposición adicional séptima, bajo el epígrafe "Obligaciones del empresario con ocasión de la transmisión del inmueble hipotecado", impone



al promotor que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, la obligación de "comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria".

10.- Se trata de una regulación que refuerza y concreta el principio de transparencia en relación con los préstamos hipotecarios a promotor, a fin de garantizar que el consumidor llamado a subrogarse en dicho préstamo obtenga una información precontractual que le permita un nivel de garantía de sus derechos equivalente al del deudor que contrata directamente el préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de su vivienda con la entidad de crédito.

Del conjunto de esta regulación resulta que: (i) el contrato de préstamo al promotor deberá contener (a) los datos registrales de la hipoteca (responsabilidad hipotecaria, vencimientos, cantidades) - art. 6.1.4º del RD 515/1989 -, y (b) a modo de estipulación a favor de terceros, "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" - 19.3 de la Orden EHA/2899/2011 -; (iii) el banco deberá "asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo" (anexo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012); y (iv) el promotor que vaya a pactar con el comprador la subrogación hipotecaria, debe comunicarlo al banco con 30 días de antelación a la fecha de la firma de la escritura, para que éste pueda realizar el análisis de solvencia y cumplir los requisitos de información precontractual (disposición adicional 7ª Ley 5/2019).

En el presente caso, en la fecha de la formalización de la compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario y de la firma del contrato privado de modificación de determinadas condiciones financieras del préstamo (20 de octubre de 2008), no estaban vigentes ni la Orden EHA/2899/2011, ni la Circular del Banco de España 5/2012, ni la Ley 5/2019. Pero hay que tener en cuenta que todas estas disposiciones se enmarcan y están al servicio de las exigencias de transparencia que en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, preceptos que encuentran su reflejo en el ordenamiento interno en diversas normas, destacadamente en los arts. 5.5 LCGC, y 60.1 y 80.1 TRLCU, disposiciones que sí estaban en vigor en aquella fecha.

11.- En este contexto normativo, tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta Sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia:

"44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en sentencias posteriores, la última de las cuales ha sido la sentencia de 7 de noviembre de 2019 (asuntos acumulados C-419/18 y C- 483/18, caso *Profi Credit Polska*).

12.- La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el resultado de la adición de uno al otro, que es información determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas o alternativas de financiación y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que con carácter previo a la contratación (art. 60.1 TRLCU) se informe a quien va a asumir, mediante la subrogación, y eventual novación, el lugar del prestatario, sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

13.- En el presente caso, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró que no se cumplieron las normas sobre la información precontractual previstas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (folleto



informativo, oferta vinculante). El hecho de que aquella Orden no extendiera expresamente los referidos deberes de información a los casos de compraventa con subrogación e intervención del prestamista, o no estuvieran en vigor las restantes disposiciones sectoriales reseñadas, no significa que los preceptos de la Directiva 93/13/CEE y de la LCGC y del TRLCU, que establecen el requisito de la transparencia, dejaran de ser aplicables, en los términos señalados por la jurisprudencia reseñada.

14.- Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor perfectamente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

La legislación sectorial de transparencia en materia de préstamos hipotecarios, como hemos visto, ha ido perfeccionando los medios y procedimientos más adecuados para alcanzar tal resultado. Pero, incluso antes de la vigencia de las normas sectoriales más recientes y avanzadas, en los casos en que la compraventa con subrogación se hizo con intervención del banco, a los efectos de consentir la sustitución de un deudor (vendedor) por otro (comprador), liberando de responsabilidad a aquél, y/o en su caso novando alguna/s de las condición/es del préstamo, como sucede en este caso, no hay razones para eximir al prestamista del deber de proporcionar a quien, en virtud de dicha subrogación, va a quedar vinculado con él en una relación jurídica de larga duración y de la relevancia económica propia de la financiación de una vivienda, toda la información pertinente a fin de que conozca la carga jurídica y económica que el contrato va a suponerle, en los términos antes expresados.

15.- La sentencia recurrida de la Audiencia parte también de esta doctrina jurisprudencial, y realiza el juicio de transparencia analizando si se ha proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la "cláusula suelo", incorporada en este caso al préstamo a través de la novación pactada en el contrato privado de 20 de mayo de 2008, de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia, concluyendo dicho juicio con resultado positivo.

Conclusión que la Audiencia fundamenta, esencialmente, en las siguientes razones: (i) un mes antes de suscribirse el contrato privado y la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo, la recurrente suscribió un documento de modificación de las condiciones del préstamo de fecha 17 de septiembre de 2008; (ii) en este documento se incluye el límite a la bajada del tipo de interés de una forma sencilla, clara y se le otorga la misma relevancia que al índice de referencia; (iii) dicho límite tiene una ubicación sistemática adecuada dentro del documento, sin tener un tratamiento secundario; (iv) transcurrido un mes desde la solicitud, se firmó el documento privado que recoge las condiciones pactadas un mes antes; (v) la inclusión de la cláusula suelo en el documento de solicitud de cambio de las condiciones del préstamo no se hace de forma sorpresiva, ni oculta entre una profusión de cláusulas financieras; (vi) su exposición al consumidor no provoca por los términos en los que se facilitó su contenido al novar el contrato una alteración subrepticia del precio del crédito; (vii) se ha acreditado que existieron negociaciones precontractuales, y que en la información previa la inclusión de la cláusula tiene la misma relevancia que el diferencial, con los elementos necesarios para percibir su verdadera relevancia, significándose el suelo como un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (viii) además transcurrió un tiempo prudencial desde la solicitud de las nuevas condiciones con la inclusión de la cláusula hasta la firma del contrato definitivo un mes más tarde.

16.- La conclusión del órgano de apelación, avalado por tales hechos y argumentos, no puede considerarse contraria a la jurisprudencia de esta Sala ni infractora de los preceptos que se invocan en el motivo, pues, partiendo de la intangibilidad casacional de los hechos probados en la instancia, conforme al relato de los mismos en la sentencia recurrida, la demandante solicitó la modificación de determinadas condiciones financieras del préstamo hipotecario en que se pretendía subrogar, incluida la relativa al tipo de interés ordinario, con una antelación de más de un mes respecto de la firma del contrato, en los mismos términos que se incorporaron a éste a través del documento privado de 20 de octubre de 2008; en este documento se incorporó el límite a la variabilidad de los intereses de forma sencilla y clara; sin provocar una alteración subrepticia del precio del crédito; añade que existieron "negociaciones precontractuales y que en esta información previa la inclusión de la cláusula tiene la misma relevancia que el diferencial, con los elementos necesarios para percibir su verdadera relevancia, significándose el suelo como un elemento definitorio del objeto principal"; y que transcurrió un tiempo prudencial desde la solicitud de las nuevas condiciones con la inclusión de la cláusula hasta la firma del contrato definitivo un mes más tarde.



En definitiva, se proporcionó a la demandante en tiempo oportuno una información suficiente y clara para que pudiera tener una comprensión efectiva de la existencia de la cláusula suelo y de las consecuencias que comportaba.

17.- En consecuencia, procede desestimar el recurso, y con ello confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEXTO. - *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Carina contra la sentencia 281/2017, de 25 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, en el recurso de apelación núm. 288/2017.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.