



Roj: **STS 3133/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3133**

Id Cendoj: **28079110012020100486**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2020**

Nº de Recurso: **3146/2017**

Nº de Resolución: **509/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 509/2020

Fecha de sentencia: 06/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3146/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/10/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3146/2017

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. 509/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 6 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 24 de mayo de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de



juicio ordinario n.º 1427/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, sobre condiciones generales de contratación, cláusula suelo.

Es parte recurrente D.ª Guillerma, representada por la procuradora D.ª María Carmen Ramos Aladueña y bajo la dirección letrada de D. Javier Portero Zúñiga.

Es parte recurrida Caixabank, S.A., representada por el procurador D. Francisco Javier Segura Zaraqúey y bajo la dirección letrada de D. Joaquín José Noval Lamas.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Portero Zúñiga, en nombre y representación de D.ª Guillerma, interpuso demanda de juicio ordinario contra La Caixa, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] 1) Declare la nulidad de la cláusula sita el folio 9333900 de las escrituras en la estipulación séptima.-novación donde se establece lo siguiente: "... el tipo de interés nominal mínimo en las revisiones será el 3,00%.

" 2) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 26 de noviembre de 2013 y, repartida al Juzgado de lo mercantil nº 1 de Sevilla, fue registrada con el n.º 1427/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María del Valle Lerdo de Tejada Benítez, en representación de La Caixa, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Sevilla dictó sentencia 103/2016, de 17 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D.ª Guillerma, frente a La Caixa;

"1.- Declaro la nulidad, por no cumplir los requisitos de inclusión ni de claridad, de la cláusula contenida en la escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario y novación otorgada el 1-8-11 ante la Notaria Bárbara María Fabra Jiménez, concretamente en la cláusula séptima cuyo contenido literal es el siguiente:

""Séptima.- Novación: la dirección de la sucursal de la entidad Cajasol, de ciudad expo, ha autorizado la subrogación del préstamo hipotecario objeto de esta escritura a favor de la parte compradora, en las condiciones consignadas en el título constitutivo del préstamo hipotecario, excepto en el tipo de interés nominal mínimo en las revisiones será el 3,00%".

" La declaración de nulidad comporta:

" I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

" II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde su constitución (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

" 2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

" 3.- Impongo las costas del presente procedimiento a la parte demandada."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de La Caixa. La representación de D.ª Guillerma se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 4117/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 24 de mayo de 2017, cuyo fallo dispone:



"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a M^a del Valle Lerdo de Tejada Benítez en nombre y representación de la entidad Caixabank, S.A., contra la sentencia dictada el día 17 de febrero de 2016, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario nº 1427/13, de los que dimanar estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D^a María Portero Zúñiga en nombre y representación de D^a Guillerma contra Caixabank S.A., absolvemos a la entidad demandada de las pretensiones contra la misma deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a María Carmen Ramos Aladueña, en representación de D.^a Guillerma, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, conforme a los arts. 1, 5 y 7 LCGC, art. 3.2 y 4.2 Directiva 13/1993, art. 10.1 a) LCU, art. 82 LGDCU, OM mayo de 1994, art. 48.2 Ley 41/2007, y art. 19.3 O. M. DE 28/10/2011 presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo".

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 17 de junio de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

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

1.- D.^a Guillerma interpuso una demanda en juicio ordinario contra Caixabank, 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, resultante de la novación pactada y documentada en la misma escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario de 1 de agosto de 2011. En concreto la cláusula cuya declaración de nulidad se solicitó era la incorporada a la estipulación séptima de la citada escritura, del siguiente tenor:

"Séptima. Novación. La dirección de la sucursal de la entidad Cajasol, de Ciudad Expo, ha autorizado la subrogación del préstamo hipotecario objeto de esta escritura a favor de la parte compradora, en las condiciones consignadas en el título constitutivo del préstamo hipotecario, excepto en el tipo de interés nominal mínimo en las revisiones será el 3,00%".

En la citada escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble, se incorpora nota simple informativa de la información registral de la finca, en la que, en el apartado relativo a las cargas de la finca, se incluye la hipoteca objeto de la subrogación y sus principales condiciones financieras, entre las que figura un tipo de interés mínimo del 3,75%.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la citada cláusula de fijación del interés nominal mínimo (suelo), incorporada al préstamo hipotecario a través de la referida novación, y condenó a Caixabank 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, al no constar documentalmente la entrega del folleto informativo y la oferta vinculante previstas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

3.- El banco apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Apoyó su decisión en los siguientes argumentos: (i) el 1 de agosto de 2011 la demandante suscribió con la entidad "Grupo Empresarial Magenta



S.A." una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria en el préstamo concedido por la entidad de crédito demandada a la promotora el 7 de febrero de 2007; (ii) a dicha escritura de compraventa se incorporó la certificación registral de la inscripción de la hipoteca que gravaba la finca adquirida por la actora, con indicación de las condiciones financieras relativas al capital, intereses ordinarios, el índice referencial que era el Euribor, el diferencial que era del 1'50%, el tipo mínimo que era del 3'75%, el tipo máximo, intereses de demora y plazo de duración; (iii) la compradora asumió la deuda de 150.000 euros del préstamo hipotecario que gravaba las fincas adquiridas, subrogándose en la condición jurídica de deudor del préstamo y asumiendo las obligaciones establecidas en la escritura de préstamo hipotecario cuyo contenido declaró que conocía y aceptaba; (iv) en la escritura de compraventa y subrogación se introdujo la estipulación séptima, de novación, mediante la que la entidad de crédito autorizaba la subrogación del préstamo hipotecario en las condiciones consignadas en el título constitutivo, con una única modificación, que se expresaba con este tenor: "... excepto en el tipo de interés nominal mínimo en las revisiones será el 3'00%"; (v) desde el punto de vista de su contenido y redacción, esta cláusula se considera que cumple con el requisito de la claridad; (vi) en cuanto al proceso de contratación, y el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia, la Audiencia hace estas consideraciones: (a) la compradora no concertó un contrato de préstamo hipotecario directamente con la entidad de crédito, sino que se subrogó en el préstamo concertado por el vendedor, cuyas condiciones financieras le constaban, pues estaban incorporadas a la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria a través de la certificación registral expresiva de dichas condiciones; (b) el comprador ha de conocer estas condiciones cuando decide comunicar a la entidad prestamista su solicitud de subrogación; (c) en estos casos de subrogación no es exigible el cumplimiento de la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994; (d) en este caso la escritura que firmó la actora contiene una novación modificativa del tipo mínimo del interés ordinario aplicable que se reduce, bajándolo del 3'75% al 3%; (e) se trata de "una modificación en beneficio de la prestataria, indicativa de la existencia de una negociación al respecto fruto de la iniciativa y solicitud de la compradora a la entidad prestamista para mejorar las condiciones de financiación de la adquisición de los inmuebles objeto de la compraventa"; (f) la compradora tenía el derecho de solicitar al vendedor (promotora) las condiciones de la hipoteca y examinarlas antes de optar por la subrogación en el préstamo, conforme a los arts. 6 y 9 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, "lo que estimamos que ocurrió en este caso"; (g) "no es razonable pensar que la prestataria no se enteró de la única modificación introducida en el préstamo hipotecario en el que se subrogaba, variación de gran simpleza por lo demás, o que le pudiese pasar desapercibida a la prestataria la existencia de ese interés mínimo, que era lo único modificado, y que no fuese consciente de la trascendencia y efectos económicos de una cláusula que ya figuraba en la inicial escritura de préstamo hipotecario del promotor y que fue novada, reduciéndola, en exclusivo provecho y ventaja de la prestataria"; y (h) "la modificación del préstamo fue negociada y que la prestataria tuvo un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Tras la exposición de estos hechos y razonamientos, la Audiencia llega a la conclusión:

"La cláusula suelo que nos ocupa no sólo cumple las exigencias legales para su incorporación a los contratos a tenor del artículo 7 LCGC, sino que supera el control de transparencia en cuanto que redactada de forma clara y comprensible, fue conocida por la actora de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir la escritura de compraventa, subrogación hipotecaria y novación modificativa".

4.- La Sra. Guillerma ha interpuesto un recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, basado en un motivo que ha sido admitido.

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

1.- El motivo del recurso se formula bajo la modalidad de interés casacional, y denuncia la infracción de los arts. 1, 5 y 7 de la LCGC, 3.2 y 4.2 de la Directiva 13/93, 10.1,a) LCU, 82 LGDCU, Orden ministerial de 1994 (sic), 48.2 de la Ley 41/2007 y 19.3 de la Orden ministerial de 28 de octubre de 2011.

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

3.- En su escrito de oposición, la entidad recurrida invoca motivos de inadmisibilidad, entre ellos la falta de concreción del desarrollo argumental, la mezcla de cuestiones heterogéneas y la falta de respecto de la base fáctica. No se acogen tales óbices. El recurso reúne los requisitos mínimos para ser admitido a trámite, pues en su encabezamiento identifica la infracción denunciada y en su desarrollo se justifica el interés casacional, y el respecto o no a la base fáctica es cuestión que analizaremos al examinar el fondo del motivo.

Ello sin perjuicio de que algunos de los hechos o argumentos empleados en su fundamentación carezcan de conexión con el caso de la litis (así la afirmación de que el préstamo al promotor carecía de cláusula suelo y que se impuso en la novación, o la cita como infringidas de normas posteriores a la fecha de la compra y subrogación - como la Orden ministerial de 28 de octubre de 2011 -, o la refutación de argumentos no



empleados por la sentencia recurrida, como los relativos a la lectura de la escritura por el notario). Pero estas son cuestiones que afectan no a la admisión, sino a la estimación del recurso.

4.- El motivo, por las razones que se exponen a continuación, va a 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 similar a cómo sucedía en el caso de la reciente sentencia 489/2020, de 23 de septiembre, concluye que la cláusula impugnada fue objeto de negociación entre las partes, 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, 338/2020, de 22 de junio, y 489/2020, de 23 de septiembre, entre otras, doctrina que ahora procede mantener y aplicar al caso de la litis.

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 subrogue 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 °, 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 directamente 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 -; (ii) 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" (anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012); y (iii) 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 novación (1 de agosto de 2011), 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 suficientemente 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, en su caso, novando alguna o algunas de las condiciones 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 el demandante contaba, con una antelación suficiente a la firma del contrato, con la pertinente información relativa a la "cláusula suelo", incorporada en este caso al préstamo a través de la novación pactada en la escritura de compra y subrogación de 1 de agosto de 2011, 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) en la escritura de compraventa y subrogación se introdujo la estipulación séptima, de novación, mediante la que la entidad de crédito autorizaba la subrogación del préstamo hipotecario en las condiciones consignadas en el título constitutivo, con una única modificación por la que se reducía la cláusula suelo pactada previamente con el promotor (3,75%), bajándola al 3%; (ii) la redacción de la cláusula con dicha modificación (única pactada) era sencilla y clara; (iii) a la escritura se incorporó una nota simple informativa del Registro de la Propiedad en la que constaban la cláusula inicialmente pactada con el promotor y el resto de las condiciones financieras esenciales del préstamo; (iv) el comprador conocía estas condiciones cuando comunicó su solicitud de subrogación a la entidad financiera; (v) la modificación del préstamo consistente en la reducción del límite mínimo a la variabilidad se establece en beneficio de la prestataria, y es "indicativa de la existencia de una negociación al respecto fruto de la iniciativa y solicitud de la compradora a la entidad prestamista para mejorar las condiciones de financiación" de la adquisición de los inmuebles objeto de la compraventa; (vi) estima que la compradora, que tenía el derecho de solicitar al vendedor (promotora) información sobre las condiciones de la hipoteca y examinarlas antes de optar por la subrogación en el préstamo, ejercitó este derecho; (vii) "no es razonable pensar que la prestataria no se enteró de la única modificación introducida en el préstamo hipotecario en el que se subrogaba, variación de gran simpleza por lo demás, o que le pudiese pasar desapercibida a la prestataria la existencia de ese interés mínimo, que era lo único modificado, y que no fuese consciente de la trascendencia y efectos económicos de una cláusula que ya figuraba en la inicial escritura de préstamo hipotecario del promotor y que fue novada, reduciéndola, en exclusivo provecho y ventaja de la prestataria"; (viii) "la modificación del préstamo fue negociada y que la prestataria tuvo un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".



16.- La conclusión de la Audiencia, apoyada por tales hechos y argumentos, a la vista de las concretas circunstancias de este caso (a diferencia de otros precedentes), 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 y de la valoración de los mismos hecha por el órgano de apelación, que no cabe tachar de ilógica ni irracional, la demandante solicitó y obtuvo información sobre el préstamo hipotecario en el que se pretendía subrogar al promotor/deudor inicial, conforme a las previsiones del RD 515/1989; solicitó la subrogación en dicho préstamo a la entidad financiera y la obtuvo con una mejora en las condiciones financieras consistente en una reducción de la cláusula suelo; esta reducción se obtuvo a su iniciativa y mediante la correspondiente negociación; la redacción de la cláusula impugnada es sencilla y clara, y se complementaba con la información que sobre las condiciones financieras del préstamo figuraba en la escritura mediante la incorporación de la correspondiente información registral (a lo que cabe añadir que tal información, según hace constar el notario en el propia escritura, se había hecho saber con carácter previo a los otorgantes).

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 Guillerma contra la sentencia de 24 de mayo de 2017, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 4117/2016.

2.º- Condenar a la 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.