



**ALCANCE DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA CON RESPECTO A
CLÁUSULAS SUELO EN CONTRATO SUBROGADO Y NOVADO**

**Comentario a la STS (Sala de lo Civil) núm. 642/2017, de 24 de noviembre (JUR
2017\294743)**

Helena Palomino Moraleda
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 10 de enero de 2018

1. Hechos

El 27 de octubre de 2006 mediante escritura pública, el consumidor se subroga en un préstamo hipotecario concedido al promotor que le había vendido su vivienda. Con anterioridad a que tuviera lugar la subrogación, el tipo de interés anual mínimo aplicable al contrato era del 3,5%, pasando después al 4 %. El 24 de abril de 2009 se produjo la novación del anterior préstamo mediante escritura pública, pactándose de forma expresa el límite mínimo del interés anual en un 3%.

Con fecha 16 de julio de 2013, el consumidor interpone una demanda contra Banco Popular ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla. En el escrito se solicitó la declaración de nulidad de las cláusulas que contenían el tipo de interés nominal mínimo anual a aplicar en los contratos, recogidas en las escrituras públicas anteriormente señaladas, alegándose su carácter abusivo y falta de transparencia. Junto a lo anterior, se pidió que fuera condenada la entidad financiera a la eliminación de dichas cláusulas en el contrato de préstamo hipotecario, así como a la devolución al consumidor de las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

EL JPI estimó íntegramente la demanda, al entender que las cláusulas suelo no superaban el control de transparencia al no existir constancia de que Banco Popular hubiera suministrado al consumidor información precontractual. La sentencia recogía el tratamiento secundario que se le concedía en la escritura a la cláusula suelo, introduciéndose de forma separada a la cláusula que establecía el interés variable, creando una falsa apariencia de que el interés podría sufrir variaciones a la alza y a la baja.



La entidad bancaria, en la firma de la escritura por la que el consumidor se subrogó en la figura del promotor, incrementó el interés anual mínimo del préstamo hipotecario estipulado con el promotor, para después bajarlo en la escritura de novación, sin hacer constar esta información al demandante quien conoció tal hecho el año 2013.

La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida por Banco Popular ante la Audiencia Provincial de Sevilla, quien estimó el recurso al entender que las cláusulas habían superado el control de transparencia. La decisión judicial se basó en el hecho de que el demandante no fue quien solicitó el préstamo hipotecario, sino que se subrogó en el que la promotora había concertado con la entidad financiera de forma previa. Por ello se determinó que el consumidor podría haber pedido al Banco Popular las condiciones de la hipoteca y haberlas examinado antes de subrogarse en la figura del promotor. Además, la AP considera que la novación del contrato que tuvo lugar con posterioridad, y en la que se fijaron nuevas condiciones del préstamo, hace difícil pensar que el consumidor no conociera y aceptara el límite del interés mínimo.

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, basado en los siguientes motivos:

1. Infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1988 de 13 de abril, Condiciones Generales de la Contratación (CGC) en relación al control de transparencia en cuanto a la incorporación al contrato de condiciones generales de la contratación, con infracción de la jurisprudencia del TS¹, se reprochaba no haber sido analizado por la AP el control de incorporación.
2. Infracción del art. 80.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación al control de transparencia en cuanto a la legalidad de las condiciones generales de la contratación.

2. Fundamentación Jurídica

El Alto Tribunal desestimó el primer motivo del recurso de casación al entender que en la demanda se ejercitó una acción que buscaba la declaración de nulidad de las cláusulas suelo de las escrituras públicas por ser abusivas y dar lugar a un desequilibrio contrario a la buena fe y que no superaba el control de transparencia exigido. Por ello, el debate en la primera y segunda instancia se centró en determinar si eran o no abusivas las cláusulas objeto de controversia y si superaban el control de transparencia; no en determinar que

¹ Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013, (RJ 2013/3088) y Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal supremo 464/2014 de 8 de septiembre de 2014, (RJ 2014/4660), entre otras.



no se tuvieran por incorporadas tales condiciones generales de la contratación en el préstamo hipotecario.

Por lo tanto, el TS entendió que no podía ser admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales diferentes de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.

En atención al segundo motivo del recurso, en su argumentación, la Sala de lo Civil del TS recordó la jurisprudencia precedente en cuanto se trataba de cláusulas suelo similar a las enjuiciadas en otros casos.²

Así, conforme a la línea jurisprudencial del TS no basta que las cláusulas suelo estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que es necesario que el adherente tenga un conocimiento real de ellas, de forma que pueda prever y comprender la carga jurídica y económica que el contrato supone (art. 4.2 la Directiva 93/13/CEE y los arts. 60.1 y 80.1 del TRLGDCU). Este control de transparencia tiene por objeto que los consumidores puedan conocer con sencillez tanto el sacrificio patrimonial que supone el contrato celebrado como la posición jurídica que se adopta con el mismo, es decir, los riesgos y situaciones a los que dará lugar el contrato celebrado.

En atención a lo anterior, en aquellos casos en los que las condiciones generales de la contratación versen sobre elementos esenciales del contrato, se deberá facilitar al consumidor un plus de información, con el fin de que este pueda adoptar una decisión con pleno conocimiento de las consecuencias que supondrá la concertación del contrato, sin realizar de realizar un análisis minucioso.

De acuerdo a lo anterior, el TS entendió que en el caso objeto del presente comentario no se garantizaba al consumidor un conocimiento efectivo del coste del contrato, y en particular de que el interés del mismo fuera variable o un interés fijo variable a la alza si así lo determinaban las circunstancias del mercado, pero en cualquier caso nunca inferior al límite establecido. A pesar de que la cláusula suelo fuera relativamente clara, la misma no podía observarse aisladamente sino con el resto del contenido del contrato relativo al cálculo del interés. Por ello, la comprensión de la cláusula suelo estaba dificultada para el consumidor al verse envuelta en un cúmulo de datos que impedían conocer la realidad resultante, que no era otra que el hecho de que el contrato no tenía un interés variable, sino un interés mínimo fijo (4% en la primera escritura y 3% en la segunda). Por lo tanto, el contrato y por ende la entidad financiera, enmascaraban que el consumidor nunca

² STS 593/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017\4759) y STS705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015\5714), entre otras.



podría beneficiarse a la baja del mercado de los tipos de interés por debajo del límite establecido, sino que únicamente se vería afectado por las oscilaciones a la alza, todo ello en beneficio de Banco Popular.

2.1 Revocación de la sentencia de apelación

La sentencia recurrida consideraba que el simple control de incorporación, recogido en los arts. 5 y 7 LCGC bastaba para superar el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 60.1 y 80.1 TRLCU, obviándose el hecho de que la cláusula estuviera enmascarada entre otros datos relativos al interés, y no se ofreciera una información clara y comprensible sobre ello al consumidor, infringiendo la jurisprudencia europea y del TS al respecto.

La cláusula suelo incorporada en las escrituras públicas suponía que la variación del interés solo podría beneficiar al banco, pues aunque el Euribor bajara significativamente, el límite mínimo establecido impedía que el consumidor pudiera beneficiarse de él, sin embargo no ocurrir lo mismo para el caso en el que existiera una variación a la alza. A pesar de la importancia de este hecho -modificaba completamente la economía del contrato-, la cláusula suelo era un simple inciso dentro de un extenso apartado referido a los intereses del préstamo, que impedía conocer la realidad: un contrato ofertado a interés variable que en la práctica tenía un interés mínimo fijo.

La AP entendió que el hecho de que el consumidor se subrogara en la figura del promotor y después se produjera una novación del contrato, conllevaba que se tuviera una efectiva información acerca de los extremos del contrato. Sin embargo, el **TS establece que el hecho de que el consumidor se hubiera subrogado en el préstamo previo no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar información al consumidor para que pueda forjar debidamente su consentimiento** siendo consciente de las cargas económicas y posición jurídica que asume con el contrato.

La sentencia dictada en apelación suponía una inversión de las obligaciones, al entender que era el consumidor quien debía procurarse toda la información relativa al contrato, lo que daba lugar a una vulneración de la garantía del control de transparencia que establece la legislación nacional y la Directiva 93/1993/CEE, pues dotar al consumidor de información en la fase precontractual supone una gran importancia en el trámite de transparencia necesario en la contratación, ya que es en esta fase donde se forma la voluntad de contratar.