

TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN UNA SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA QUE SE INTRODUCE UNA REBAJA DEL TIPO MÍNIMO

Análisis y comentarios a la STS 3133/2020¹

Víctor Jiménez Fernández
Graduado en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 16 de noviembre de 2020

Resumen: En el presente asunto, la consumidora se subrogó en el préstamo con garantía hipotecaria que había sido suscrito inicialmente entre la entidad bancaria, y la promotora de la vivienda. En dicha subrogación se introdujo una novación modificativa, consistente en la rebaja de la cláusula suelo, esta pasó del 3,75% a reducirse al 3%. Pese a que el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de la consumidora, la Audiencia Provincial revoca dicho pronunciamiento. En última instancia se pronuncia nuestro Tribunal Supremo, que acabará dando la razón a la entidad bancaria, no sin algunas posibles contradicciones que se reseñan a lo largo de este trabajo.

Palabras Clave: Consumidor, promotor, subrogación, novación modificativa, cláusula suelo, transparencia.

1. Antecedentes de hecho

En este asunto, nos encontramos con una consumidora que, en agosto de 2011, se subrogó en el préstamo hipotecario previamente suscrito entre la entidad bancaria y la promotora de la vivienda que la consumidora tenía intención de comprar.

A la hora de realizar la subrogación, tuvo lugar una novación modificativa de las condiciones que de forma primigenia habían convenido la promotora y la entidad. En esta modificación solo hubo un cambio, el tipo de interés de la cláusula limitativa del tipo de

¹ STS núm. 509/2020 de 6 de octubre de 2020 – ECLI: ES:TS:2020:3133



interés mínimo (cláusula suelo) se redujo de un 3,75% a un 3%, con la siguiente redacción:

“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 consumidora interpuso demanda para que el Juzgado estimase la nulidad de dicha cláusula, consiguiendo tal declaración en primera instancia, donde el Juez anuló la misma por no cumplir los requisitos de inclusión ni de claridad. Para el juzgador, la ausencia de entrega del folleto informativo y oferta vinculante que se preveía en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 fueron determinantes para observar la falta de transparencia.

La entidad bancaria recurrió tal decisión ante la Audiencia Provincial, logrando que esta les otorgase la razón, dejando sin efecto por tanto la sentencia de primera instancia. Así mismo, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial fue recurrido por la consumidora en Casación.

2. Postura del Tribunal Supremo

Adelantamos que la jurisprudencia del alto tribunal no cambia en el presente caso, pues sigue la misma línea jurisprudencial que en sentencias anteriores en las que se han tratado asuntos similares -consumidores que se subrogan en el préstamo que suscribió el promotor con la entidad bancaria-, aunque cada asunto pueda presentar pequeñas variables.

A continuación, expondré los requisitos del Tribunal Supremo en relación con la normativa aplicable al caso y el deber de información.

El Tribunal Supremo clarifica que el caso que se está enjuiciando, es decir, un préstamo que inicialmente fue concertado entre banco y promotor y la posterior subrogación de un consumidor, es un negocio de consumo, y por tanto está sometido al control de transparencia, y analiza distintas normas, como son:

- La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- El artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios (Orden que sustituyó a la anterior Orden Ministerial) y el punto 12 del anejo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012.



- Disposición Adicional Séptima de la ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Para el TS, todas estas normas tienen en común el establecimiento de unos deberes de información fuertes y claros para con el cliente, tanto por parte de la entidad bancaria como por parte del promotor, que se resume por el Tribunal en lo siguiente (la negrilla y el subrayado son propios):

- (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**" (anexo 6 de la Circular del Banco de España 5/2012)*
- (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).*

Además, en el Fundamento de Derecho QUINTO, apartado 5.-, podemos leer lo siguiente: *"(...) hemos declarado que **el hecho de que el 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"*



Es importante reseñar que a la fecha de formalización del negocio jurídico que se analiza, no estaban vigentes ni la Orden EHA/2899/2011, ni la Circular del Banco de España 5/2012, ni la Ley 5/2019.

Pero más importante es la extensa argumentación que realiza el Tribunal Supremo sobre esto, dado que a lo largo de los puntos 10,11²,12³ y 13 del Fundamento de Derecho Quinto deja meridianamente claro que el espíritu de esta normativa está englobado en las exigencias de transparencia marcadas la Directiva 93/2013/CEE, la LCGC y el TRLCU, **normativa que sí estaba en vigor en la fecha de la formalización, y se puede deducir que, por tanto, las exigencias referentes a la información que deben recibir los consumidores, son igualmente válidas.**

El punto 13 es especialmente clarificador de lo anterior (la negrilla y el subrayado son propios):

*“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, dejen de ser aplicables, en los términos señalados por la jurisprudencia reseñada**”*

3. ¿(In)adecuación de la valoración de la Audiencia Provincial a la luz de los requisitos expuestos por el TS?.

Habiendo puesto de manifiesto lo anterior, observamos de nuevo la valoración que hizo la Audiencia Provincial al respecto de la normativa aplicable al caso y a la información que se dio -o, mejor dicho, que no se dio- a la consumidora, pudiendo ahora tener una opinión fundada de dichas valoraciones conociendo la posición del TS respecto de los deberes de información exigidos.

² “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”

³ “La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar.”



En relación con el control de incorporación y control de transparencia, la Audiencia expuso los siguientes razonamientos, los cuales comento a continuación de los mismos para comodidad del lector (nuevamente la negrilla y el subrayado es propio):

*(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***

En este apartado se observa que la Audiencia Provincial da por sentado que la cláusula suelo le constaba a la consumidora, cuando el deber de proporcionar la información precontractual que permita conocer el papel que juega la cláusula en el contrato, **es de la entidad y el promotor en todo caso.**

(b) el comprador ha de conocer estas condiciones cuando decide comunicar a la entidad prestamista su solicitud de subrogación

Nuevamente, la Audiencia traslada la carga del conocimiento de la cláusula a la consumidora, siendo este deber de información de la entidad/promotor.

(c) en estos casos de subrogación no es exigible el cumplimiento de la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994

Como hemos visto, el TS declara que existen otras normas que contienen el reflejo de los mismos deberes de información que la Orden Ministerial, y que la Audiencia no tiene en cuenta en ningún momento.

(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"

El hecho de que se haya producido una modificación que reduce la cláusula suelo **en ningún caso debe tratarse como un beneficio para la prestataria,** ello porque es una cláusula que contiene una limitación del tipo de interés a la baja en el préstamo, y dicha limitación únicamente beneficia a la entidad bancaria.

Solo se podría predicar beneficio para la parte prestataria en el caso de una cláusula techo acorde al mercado, pero casualmente y al contrario de lo que ocurre con las cláusulas



suelo, las techo suelen contener límites altísimos que jamás han sido superados por los tipos de interés a lo largo de la historia moderna, por lo que, de facto, se produce una inaplicación de las mismas.

(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"

En efecto la compradora tenía un derecho, pero era el promotor y la entidad bancaria quienes tenían el deber de proporcionar dicha información de forma clara y comprensible. No hacer uso de un derecho no es reprochable jurídicamente en este caso, sí lo es incumplir un deber.

(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 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 del promotor y que fue novada, reduciéndola, en exclusivo provecho y ventaja de la prestataria", y que "la modificación del préstamo fue negociada y que la prestataria tuvo conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato"

La Audiencia considera que no es razonable pensar que la prestataria no se enterase de la modificación, o que no conociese realmente el papel que la cláusula juega en la economía del contrato.

A tenor de la inexistente información proporcionada a la consumidora, sumado a que en el momento de firma de la compraventa con subrogación aún no existía siquiera la ya notoria sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, y teniendo en cuenta que para llegar a la misma tuvieron que acontecer pronunciamientos muy distintos de Juzgados y Tribunales de nuestro país, además de una sentencia del TJUE, lo realmente difícil es sostener que la compradora tuviese la más mínima idea de qué estaba contratando y en qué modo afectaría a su préstamo.

4. Fallo del Tribunal Supremo y crítica del mismo

Pese a todo lo expuesto en este trabajo, para el Tribunal Supremo *"la consumidora tuvo 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"*.



En lectura de los puntos anteriores y de la sentencia en sí misma acerca de los deberes de información que el Tribunal Supremo recoge en consonancia con la jurisprudencia europea, y de haber recordado qué argumentos utilizó la Audiencia para desestimar el recurso de la consumidora, la confirmación ahora de dicha desestimación por parte del Tribunal Supremo causa cierta desazón, pues a mi juicio existe una contradicción entre todo lo expuesto en los fundamentos de derecho de la sentencia de casación y el fallo de la misma.

En mi opinión, llama poderosamente la atención el esfuerzo argumentativo que realiza el Tribunal Supremo para poner de manifiesto el conocimiento y aplicación de la normativa europea tanto en esta como en las anteriores sentencias sobre el mismo tipo de asunto, pero se llegue al resultado de desestimación del recurso de la consumidora.

Sorpresivo porque después de argumentar y enumerar todos los requisitos que deben tenerse en cuenta para analizar correctamente la transparencia de la cláusula que se enjuicia, el TS acaba por validar los argumentos de la Audiencia Provincial, argumentos que como expongo, contradicen a mi modo de ver, los requisitos de información exigibles.