BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ065284

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 15/2021, de 19 de enero de 2021*
*Sala de lo Civil*
*Rec. n.º 3949/2017*

**SUMARIO:**

**Condiciones generales de la contratación. Préstamo hipotecario. Subrogación. Novación. Clausula suelo. Control de transparencia.**

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, 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. 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.

Para que la asunción de deuda por un tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario, es preciso que así lo consienta el acreedor, la novación nunca se presume, y el vínculo jurídico derivado del préstamo inicialmente concertado con el vendedor pasa a regir entre el prestamista inicial (banco) y el prestatario subrogado 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. 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.

Respecto al control de transparencia de la cláusula suelo en caso de subrogación en el préstamo hipotecario al promotor, 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 y den este caso, no se ha acreditado que se hubiera proporcionado a los demandantes, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas y no basta con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente.

**PRECEPTOS:**

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación) arts. 5.5 y 7.
Código Civil, arts. 1.203, 1.205 y 1.876.
Ley de 30 de diciembre de 1944 (hipotecaria), arts. 32, 118 y 126.
Ley 26/1988 (Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), art. 48.2.
RD 515/1989 (protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas), art. 6.1.4º.
Directiva 93/13/CEE, (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 2, 4.2 y 5.
RDLeg 1/2007, (TR LGDCU), arts. 10, 80.1, a) y 82.1.

**PONENTE:**

*Don Juan María Díaz Fraile.*

**SENTENCIA**

Magistrados/as

IGNACIO SANCHO GARGALLO
RAFAEL SARAZA JIMENA
PEDRO JOSE VELA TORRES
JUAN MARIA DIAZ FRAILE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 15/2021

Fecha de sentencia: 19/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3949/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3949/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 15/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 19 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 315/2017, de 25 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de

juicio ordinario n.º 391/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, sobre control de transparencia de cláusulas suelo.

Es parte recurrente D.ª Marí Trini y D. Emilio, representados por el procurador D. Luis Ladrón de Guevara y bajo la dirección letrada de D.ª Rocío Montaño Ybarra.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. Jaime Quiñones Bueno y bajo la dirección letrada de D. Rafael Monsalve del Castillo.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** El procurador D. Luis Ladrón de Guevara, en nombre y representación de D.ª Marí Trini y D. Emilio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se declare la nulidad de la cláusula 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 24 de diciembre de 2003, préstamo hipotecario que el demandante se subroga; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,5% y de techo del 7,25% que se aplique el tipo variable Euribor más el diferencial de un punto fijados en aquella".

**2.-** La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, fue registrada con el n.º 391/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en representación de Banco Popular, 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 de Adscripción Territorial adscrito al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla dictó sentencia 103/2016, de 1 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Dª. Marí Trini y D. Emilio, frente a Banco Popular:

"1.- Declaro la nulidad, por no cumplir los requisitos de inclusión ni de claridad, de la cláusula contenida la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 24-12-03 ante el Notario D. Santiago Travesedo Colón de Carvajal, cuyo contenido literal es el siguiente:

"3.3 Límite a la variación del tipo de interés. No obstante, lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del tres con cincuenta por ciento.

" La declaración de nulidad comporta:

"l.- 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.

"ll.- 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 Banco Popular Español, S.A. La representación de D.ª Marí Trini y D. Emilio 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 10120/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 315/2017 de 25 de julio, cuyo fallo dispone:

"Que estimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia dictada el día 1 de marzo de 2.016 por el Ilmo. Sr. Magistrado el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Luis Ladrón de Guevara Cano, en nombre y representación de don Emilio y doña Marí Trini, contra la apelante, absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias".

**Tercero.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

**1.-** El procurador D. Luis Ladrón de Guevara, en representación de D.ª Marí Trini y D. Emilio, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo.- Transparencia formal o documental y oferta vinculante: [...] Se admite por la Sentencia recurrida el cumplimiento del control de transparencia formal, por no estar obligada la demandada a cumplir la Orden Ministerial del 5 de mayo del Banco de España del 1994, se basa en sus arts 3 y 5, entregar una oferta vinculante o folleto informativo a quien me manda. Sin embargo, entendemos que tal control no se ha superado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, evidentemente NO EXISTE oferta vinculante, siendo, por la fecha del contrato y su cuantía, obligatoria su entrega, sin que se deba diferenciar entre un préstamo nuevo o una subrogación, porque la propia OM de 5 de mayo de 1994 no lo hace.

"Nos encontramos ante la infracción de los arts. 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), por cuanto no se ha proporcionado la transparencia, claridad, concreción y sencillez exigibles, impidiendo su comprensión por el cliente.

"Segundo motivo.- Redacción de la cláusula y control de transparencia material: [...] La Sentencia objeto del recurso estima que la cláusula contractual que recoge el tipo mínimo nominal anual reúne los requisitos de concreción, claridad, sencillez, accesibilidad y legibilidad, superándose el control de transparencia material o cualificado (comprensibilidad).

"Esta parte se encuentra totalmente en desacuerdo, y consideramos que tampoco la del Tribunal Supremo, para quien el control de transparencia, en esa modalidad, no puede quedar reducido a un mero contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, sino que es necesario que, mediante la inclusión de criterios precisos y comprensibles, el usuario pueda apreciar, directamente, las consecuencias tanto jurídicas, como económicas, que tal cláusula le acarrea.

"La Sentencia apelada vulnera los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva), y los artículos 80.1, a) y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR LGDCU), base legal del control de transparencia material o cualificado, o de legalidad.

"Tercer motivo.- La intervención notarial y el control de transparencia material [...] La resolución de la Audiencia Provincial admite la observancia del control de transparencia material o de legalidad dado que el Notario autorizante de la escritura, cito textualmente, "En la escritura pública de compraventa con subrogación y novación en préstamo con garantía hipotecaria se recoge expresamente que el comprador asume el préstamo y lo hipoteca, ""que conocen y aceptan todo lo pactado en la escritura de préstamo hipotecaria reseñada en el anterior apartado de "Cargas"" más adelante, en el apartado 3.7 ratifican "el contenido íntegro de la mencionada escritura de préstamo hipotecario a que se refiere el expositivo presente" inicialmente leen la escritura por sí mismos y afirman quedar enterados. De estas manifestaciones cabe presumir el conocimiento de la escritura en la que se subrogaban".

"Disentimos de lo anterior, creemos que también en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, ni la lectura de la escritura de préstamo hipotecario por el fedatario público, ni siquiera el que se recoja que el comprador asume el préstamo y la hipoteca "que conocen y aceptan todo lo pactado en la escritura de préstamo hipotecario", en ningún momento, suplen, por sí sólo, el cumplimiento del deber de transparencia material por parte del predisponente, configurado como un especial deber que no puede quedar cumplido por la actuación notarial. Más aún es de aplicación en este caso, por cuanto no existe dicha oferta vinculante que acredite que se le informó a mis mandantes disponían de un conocimiento real de las cláusulas que se subrogaba, además especifica que mis representados solicitan la subrogación, cuando

"De nuevo se infringen los artículos 4.2 y 5 de la Directiva, y los artículos 80.1, a) y 82.1 del TR LGDCU.

"Cuarto Motivo.- Supuestos indicativos de la falta de transparencia material [...] La Sentencia de la Audiencia Provincial, al admitir la superación del control de transparencia material o de legalidad, está desechando que estemos ante alguno de los supuestos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo califica, aunque sea de forma indicativa u orientativa, como expresivos de la falta de transparencia.

"El análisis pormenorizado de tales supuestos nos lleva a concluir que estamos en el supuesto de autos ante esa falta de transparencia dado que, entre otras razones:

"1.- Estamos claramente, en el caso, ante un préstamo a tipo fijo, con motivo del suelo, que sólo a partir de un determinado nivel sería variable.

"2.- La cláusula suelo está recogida en el contrato de préstamo hipotecario concertado por la promotora, haciendo enrevesado y difícil la apreciación de la cláusula límite al interés variable.

"3.- La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

"4.- Tampoco ha acreditado el demandado que, en la fecha de suscripción del préstamo por mi poderdante, hubiera otras alternativas en la misma entidad con otro contenido y alcance distinto al que tienen en el documento suscrito, como por ejemplo, un préstamo referencia al EURIBOR, que siempre ha estado por debajo del utilizado en este caso por la entidad.

"De nuevo se infringen los artículos 4.2 y 5 de la Directiva, y los artículos 80.1, a) y 82.1 del TR LGDCU."

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

**3.-** Banco Santander S.A. presentó escrito reiterando las causas de inadmisión y su no oposición al recurso formulado de contrario.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2021, en que ha tenido lugar mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** *Resumen de antecedentes*

**1.-** D.ª Marí Trini y D. Emilio interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A. (después Banco de Santander S.A.), en la que solicitaban se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario a interés variable, originariamente concedido a la sociedad mercantil promotora de la vivienda, en el que se subrogaron cuando compraron la vivienda, mediante escritura pública de 3 de marzo de 2006.
En el otorgamiento de dicha escritura, además de vendedor y comprador, intervino Banco Popular para prestar su consentimiento a la subrogación del comprador y formalizar la novación modificativa de algunas de las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre las que no figuraba la cláusula suelo impugnada).
Dicho préstamo hipotecario tenía una cláusula que fijaba en el 3,50% el límite mínimo a la variación del tipo de interés (una "cláusula suelo").

**2.-** El Juzgado Mercantil estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula que limitaba la variabilidad del interés, pues el banco no suministró la necesaria información sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

**3.-** Banco Popular apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que no se podía exigir a la entidad financiera que informara a los demandantes sobre las características y elementos del préstamo hipotecario porque el préstamo se formalizó inicialmente con la promotora.
También consideró relevante que: (i) en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario se incluyera una cláusula en la que los compradores declararon conocer y aceptar el contenido de la escritura de préstamo hipotecario concertado por la promotora, y (ii) que la redacción de la cláusula era clara y fácilmente comprensible.
La Audiencia Provincial concluyó que en caso de subrogación no se puede exigir a la entidad de crédito el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia y que los compradores podían haber solicitado a la promotora que les informara sobre las condiciones de la hipoteca.

**4.-** Los prestatarios han interpuesto recurso de casación basado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

**Segundo.** *Recurso de casación. Formulación de los motivos y admisibilidad.*

**1.-** En el encabezamiento de los motivos, los recurrentes alegan que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los siguientes preceptos sustantivos: (i) motivo primero: los arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); (ii) motivo segundo tercero y cuarto: en todos ellos se denuncia la vulneración de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los arts. 80.1, a) y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR LGDCU).

**2.-** En el desarrollo de los cuatro motivos, los recurrentes argumentan que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia relativa a la transparencia de las cláusulas suelo.

**3.-** Los motivos de inadmisión alegados por el banco demandado no pueden ser acogidos. El recurso reúne los requisitos mínimos para ser admitido a trámite, pues en los encabezamientos de los motivos identifica las infracciones denunciadas y en su desarrollo justifica el interés casacional e identifica cuáles son las cuestiones jurídicas atinentes a las infracciones denunciadas, respetando suficientemente las exigencias de la técnica casacional. No se incurre en petición de principio ni se pretende ahora una revisión de la valoración probatoria, como afirma la recurrida. Las apreciaciones de la Audiencia sobre si la cláusula impugnada cumplía la normativa vigente, o si adolecía o no de falta de transparencia, o sobre si los prestatarios tuvieron o no suficiente información para poder tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, son cuestiones que no afectan a la valoración probatoria de los hechos, sino a su valoración jurídica y, por tanto, susceptibles de ser revisadas en sede casacional sin necesidad de alterar la base fáctica del proceso.

**4.-** Dada la conexidad argumental de los cuatro motivos, incluyendo el primero que aunque se refiere a la falta de transparencia formal también se basa en la falta de información precontractual, los resolveremos conjuntamente.

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

**1.-** 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 en que se han modificado algunas de las condiciones de dicho préstamo, en términos favorables para el consumidor, 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, 53/2020, de 23 de enero, y 338/2020, de 22 de junio, entre otras, cuya doctrina procede mantener.

**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, contempla 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.

Este régimen concuerda con el previsto en el art. 1205 CC, que, desarrollando lo previsto en el art. 1203.2º CC (conforme al cual "las obligaciones pueden modificarse: [...] 2.º Sustituyendo la persona del deudor"), dispone que "la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor".

Interpretando este precepto, la jurisprudencia de esta sala ha aclarado que: (i) "para que la asunción de deuda por un tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario, es preciso que así lo consienta el acreedor, conforme prevé el art. 1205 del Código Civil" ( sentencia núm. 590/2015, de 5 de noviembre); (ii) "la novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución" ( sentencia núm. 162/2007, de 8 de febrero); y (iii) la "asunción de deuda puede resultar una exoneración del deudor primitivo (asunción liberatoria) o bien la vinculación de ambos deudores frente al acreedor (asunción cumulativa)", en función de que medie o no el citado consentimiento liberatorio del acreedor ( sentencia núm. 552/2003, de 10 de junio).

**4.-** El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original (en este caso 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).

Cuando la subrogación en el préstamo hipotecario (asunción de deuda), pactada en la compraventa entre promotor y comprador, es simultanea al consentimiento del acreedor a la novación subjetiva (subrogación del nuevo deudor en la posición del anterior, con liberación de éste), por su intervención en el otorgamiento de la escritura de compraventa, se produce una interdependencia entre las relaciones jurídicas derivadas del contrato de compraventa (entre promotor y comprador-consumidor) y del préstamo hipotecario (entre el banco y el prestatario-consumidor), pues el pacto de asunción de la deuda pendiente, y su descuento del precio de la compraventa (como forma de pago del precio aceptada por el promotor-vendedor), guarda relación directa con la paralela aceptación por el banco de la subrogación del comprador y la liberación del deudor inicial de su responsabilidad. En tal sentido, en estos casos, el consentimiento del vendedor está condicionado por la aceptación de su liberación por el banco. En esa medida puede hablarse de negocios distintos pero coligados, que presentan una mutua dependencia ( sentencia 428/2012, de 10 de julio).

**5.-** Por razón de esta estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado 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 a 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. 6.1.4º, 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 -; (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" (anejo 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, 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 del principio 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.

**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 se informe a quien va a asumir, mediante la subrogación, 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 recurrida no ha tenido en cuenta estas consideraciones, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la "cláusula suelo", de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas o alternativas.

La sentencia del Juzgado Mercantil declaró que faltó cualquier información precontractual, pues no se facilitó ni la información mínima exigida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994. La Audiencia Provincial no ha negado este extremo, sino que entiende que no es relevante al no ser obligatorio entregar dicha información precontractual (folleto informativo, oferta vinculante) en los casos de subrogación del comprador en el préstamo a promotor.

No puede compartirse la conclusión que se infiere de tal premisa. 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 (arts. 5 y 7) y de la legislación de protección de consumidores ( arts. 10 LGDCU y 80.1 TRLGDCU), que establecen el requisito de la transparencia, dejaran de ser aplicables.

**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 dicho requisito 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.-** Que la redacción de la cláusula suelo, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permite considerarla incorporada al contrato, pero no que la misma pueda superar el control de transparencia material.
Como hemos dicho en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. En el mismo sentido se ha pronunciado una reiterada doctrina del TJUE (sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75 ; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove , párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, caso Gutiérrez Naranjo).

En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se ha acreditado que se hubiera proporcionado a los demandantes, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas.

**16.-** La Audiencia Provincial parte de que quien estaba obligado a informar al comprador de la vivienda sobre la existencia de una cláusula suelo en el préstamo hipotecario en que se subrogaba, era exclusivamente el vendedor y no el prestamista. Esta tesis se opone a la doctrina establecida por esta sala que, sin perjuicio de las obligaciones del promotor, afirma también tal obligación a cargo del prestamista. No hay incompatibilidad entre una y otra. La primera tampoco hace inútil la segunda, pues la refuerza.

**17.-** Tampoco es aceptable la tesis de la sentencia recurrida que no solo exime al banco de la obligación de informar, en el caso de que un nuevo prestatario se subrogue en lugar del anterior, sino que también impone al consumidor la carga de informarse.

Como ya declaramos en la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre, con este razonamiento, la Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información, se trate de una subrogación del consumidor en el préstamo concedido al vendedor o de un préstamo concedido directamente al consumidor.

**18.-** Respecto de la mención contenida en la escritura pública en el sentido de que el nuevo prestatario conoce y acepta las condiciones de todo lo pactado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario inicialmente concertada entre la entidad bancaria y la promotora, no se le puede dar la eficacia que le otorga la Audiencia Provincial.

Si la entidad bancaria no ha suministrado al nuevo prestatario la información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto sobre la existencia de una cláusula suelo que reduce de forma significativa las posibilidades de que el prestatario se beneficie de los descensos del índice de referencia, no puede considerarse que una cláusula como la transcrita pueda suplir esa falta de información.

Es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que afirma que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el

adherente declarara haber sido informado adecuadamente. Así lo hemos declarado en las sentencias 223/2017, de 5 de abril, 244/2017, de 20 de abril, 42/2018, de 26 de enero, y 517/2018, 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.

**19.-** Como ya afirmamos en la sentencia 24/2018, de 17 de enero, la obligación que legalmente se impone a los predisponentes de este tipo de contratos de informar de un modo comprensible sobre los elementos esenciales del contrato deriva de que la regla general es justamente la contraria, esto es, la falta de conocimiento y de comprensión del consumidor sobre aquellas condiciones generales sobre las que no ha recibido una información comprensible con anterioridad a la firma del contrato. Y, como se ha dicho, no puede convertirse la obligación de la entidad predisponente de informar adecuadamente a los potenciales clientes de este tipo de cláusulas, que alteran sustancialmente la economía del contrato, en la obligación del consumidor de procurarse la información al respecto. En definitiva, el control de transparencia no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

**20.-** En conclusión, el banco no suministró al prestatario (porque consideró que no estaba obligado a hacerlo) la información exigida sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de la escritura de subrogación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar sustancialmente al alza.

**21.-** En consecuencia, al estimar el recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada, el recurso de apelación desestimado, y la sentencia de primera instancia confirmada.

**Cuarto.** *Costas y depósito*

**1.-** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar a su pago a la entidad apelante, al desestimar su petición de aplicación de la excepción a la regla del vencimiento objetivo por dudas serias en derecho ( sentencia 472/2020, de 17 de septiembre).

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**F A L L O**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Marí Trini y D. Emilio contra la sentencia núm. 315/2017, de 25 de julio, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 10120/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Popular, S.A., contra la sentencia 103/2016, de 1 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla y, en su lugar, acordar la desestimación de dicho recurso de apelación.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación, e imponer las del recurso de apelación a la apelante.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.