

¿QUÉ PASÓ CON LAS CLÁUSULAS SUELO?*

Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo

Pascual Martínez Espín

Catedrático de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Title: What happened to the floor clauses? Analysis of recent Supreme Court judgment

Abstract: The litigation regarding the floor clause seems outdated. However, there are still recent decisions of the Supreme Court that rule on the issue, and not always, as we might think, are favorable to consumers. The purpose of this article is to analyze some of the latest jurisprudential decisions, as a survey, to determine the current state of the matter. The aim is to analyze the basis of a set of decisions recently issued by the High Court: estimates of the nullity of the floor clause due to lack of transparency; and others that declare their validity because they understand that they exceed the transparency control.

Key words: new jurisprudence, floor clauses.

Resumen: Los litigios en materia de cláusula suelo parecen trasnochados. Sin embargo, todavía existen sentencias recientes del TS que se pronuncian sobre la cuestión, y no siempre, como pudiéramos pensar, son favorables a los consumidores.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-098683-B-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: "FEDER Una manera de hacer Europa", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

El presente artículo tiene por objeto analizar algunas de las últimas decisiones jurisprudenciales, a modo de sondeo, para determinar el estado actual de la cuestión. Se pretende analizar el fundamento de un conjunto de resoluciones dictadas recientemente por el Alto Tribunal: unas estimatorias de la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia; y otras que declaran su validez por entender que superan el control de transparencia.

Palabras clave: jurisprudencia reciente, cláusulas suelo.

1. Motivo principal de impugnación

En los recursos de casación se denuncia infracción de los arts. 80 y 82 LGDCU y 5, 7 y 8.2 LGCGC y vulneración de la jurisprudencia del TS sobre nulidad de las cláusulas suelo por abusividad por falta de transparencia en contratos de empresarios con consumidores. En su desarrollo impugnan las sentencias recurridas (de las Audiencias Provinciales) porque consideraron que la cláusula era válida dado que superaba tanto el control de incorporación como el de transparencia, esto último en atención a su concreción, claridad, sencillez, accesibilidad y legalidad. Los recurrentes argumentan que ello es insuficiente, pues es necesario que el banco pruebe que, en la fase precontractual, con antelación suficiente, informó a los consumidores del alcance de la cláusula y, en el caso, en el que no se entregó oferta vinculante alguna, no se llevó a cabo esa información. Lo que se impugna es la cuestión jurídica de los criterios que tuvieron en cuenta las sentencias recurridas para apreciar la transparencia y, en consecuencia, la validez de la cláusula suelo.

2. Doctrina general sobre el control de transparencia

El control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores ha sido analizado en múltiples sentencias tanto del TJUE como del Tribunal Supremo. De un lado, en la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb*; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerne Rábaj*; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei*; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso *Van Hove*. A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible (control de inclusión o de incorporación), sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. De otro, la jurisprudencia del TS (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 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 lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación

económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos. Se trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Conforme a la jurisprudencia del TS y del TJUE, entre otras SSTS 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de octubre, 593/2017, de 7 de noviembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 247/2019, de 6 de mayo, y 334/2020, de 22 de junio, y SSTJUE de 30 de abril del 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andrius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo de este.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

También se ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), que no existen medios tasados para obtener el resultado: 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 se puso también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que el TS afirma 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. Analicemos la casuística y los medios que pueden llevar a conseguir el resultado de la suficiente información precontractual del consumidor.

3. Nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia

Algunas sentencias declaran la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Un ejemplo de ello es la **STS núm. 743/2021- ECLI:ES:TS:2021:3966, de 02/11/2021**. En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que se había superado el control de transparencia porque la cláusula estaba redactada de manera clara y sencilla dentro del conjunto de condiciones referidas al tipo de interés del préstamo (control de incorporación), y era fácilmente comprensible su funcionamiento (control de transparencia). Esta valoración jurídica no es compartida por el TS por las siguientes razones:

En cuanto a la suficiencia de la escritura pública, como declaró en la sentencia 483/2018, de 11 de septiembre, seguida después de otras muchas, no basta con la simple claridad gramatical. En su escrito de oposición la parte recurrida insiste en que, tal como se recoge en la sentencia, el notario advirtió de discrepancias entre la oferta vinculante y el contenido de la escritura, y las partes las autorizaron y no desistieron de la operación. Cabe observar que esta afirmación de la sentencia, realizada al analizar el control de incorporación y no el que aquí interesa, de transparencia, no desvirtúa la falta de prueba de la existencia de una información previa a los consumidores por parte de la entidad.

Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la del TS, 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*". Doctrina reiterada por el TJUE en las 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*.

Como declaró el TS 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 (con posterioridad, también en las sentencias 346/2020, de 23 de junio, y 22/2021, de 22 de enero y otras muchas).

La sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio. La sentencia no desautoriza la valoración probatoria con base en la cual el Juzgado llegó a la conclusión de que los demandantes no habían recibido la oferta vinculante con antelación a la firma del contrato. La Audiencia, en definitiva, no ha dado trascendencia a que no 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 pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas, sin que baste con que el notario haga constar en la escritura la oferta vinculante que se le aporta si no fue entregada con antelación a los prestatarios.

En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, el TS señala en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan, doctrina seguida después en múltiples sentencias).

4. El control de transparencia en caso de subrogación del comprador en el préstamo al promotor

También asistimos a sentencias que se pronuncian sobre el control de transparencia en los préstamos al promotor, con subrogación del consumidor. Un ejemplo de ello es la **STS 741/202- ECLI:ES:TS:2021:3967 de 02/11/2021**. La parte recurrente impugna la sentencia recurrida que basó su decisión en que, en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario concedido por la entidad financiera al promotor, la entidad financiera no está obligada a informar al consumidor por lo que, en su caso, el comprador debe reclamar a la parte vendedora los perjuicios que pueda haberle causado el eventual incumplimiento de los deberes de información que le incumben como vendedor.

En el presente caso, la Audiencia Provincial razonó que, de acuerdo con la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, no existe obligación de la entidad bancaria de informar a los consumidores y que puesto que se subrogaban en un préstamo que ya contenía una cláusula suelo, redactada de manera clara, sencilla y fácilmente comprensible, estaba en su mano procurarse información necesaria para tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

Este razonamiento no es conforme a la doctrina del TS. Recuerda la sentencia 533/2020, de 15 de octubre, que 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 que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. La misma sentencia 533/2020 explica que la legislación sectorial de transparencia en materia de préstamos hipotecarios 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, 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.

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. 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". 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 [...]".

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".

La evolución legislativa en esta materia se ha completado mediante la 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".

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

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 del TS y del propio TJUE y, como dice la STS 643/2017, de 24 de noviembre, 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.

5. Validez de la cláusula suelo por existir transparencia

Un último grupo de sentencias declaran la validez de la cláusula por existir transparencia, debido a la suficiente información sobre la existencia del suelo facilitada con antelación a la firma de la escritura pública. Como muestra puede citarse la **STS 744/2021-ECLI:ES:TS:2021:3969, de 02/11/2021**.

El juzgado basó su decisión en que, si bien se entregó a los demandantes la oferta vinculante no existe certeza, avalada por la fe pública notarial de que las condiciones financieras recogidas en la escritura coincidan con las de la oferta, ni de que el notario explicara expresamente las consecuencias de la cláusula suelo; también consideró que la cláusula, aunque estaba ubicada en el apartado "intereses ordinarios" no aparecía destacada con la debida separación.

En este caso, la Audiencia parte de esta doctrina jurisprudencial, y realiza el juicio de transparencia analizando si se ha proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la "cláusula suelo", incorporada en este caso a la escritura de préstamo-subrogación acreedor (Ley 2/1994), de modo que pudieran conocer su existencia y trascendencia, concluyendo dicho juicio con resultado positivo.

La Audiencia tiene en cuenta para ello que mediante la escritura de préstamo de 7 de septiembre de 2007 a la que se refiere la demanda, la demandada se subrogó, a instancias de los demandantes, en el préstamo que habían concertado con anterioridad con otra entidad (escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de febrero de 2006, concertado con Unión de Créditos Inmobiliarios) y que ese mismo día 7 de septiembre de 2007 los demandantes suscriben con la misma entidad demandada otra escritura de novación del préstamo hipotecario. Tiene en cuenta que fue en la primera escritura de 7 de septiembre de 2007 donde se incluyó la cláusula suelo impugnada, de manera coincidente con la oferta vinculante que había sido remitida previamente por la demandada, y que estaba firmada por los demandantes. De estas circunstancias deduce la Audiencia que existió entre las partes un proceso negociador intenso y reiterado, primero para la subrogación de la demandada como prestamista en el anterior préstamo hipotecario, que fue cancelado, para fijar las condiciones que se modificaron en aquel negocio, y luego en la novación de la anterior escritura, en la que obtuvieron ventajas referidas al capital, tiempo de vencimiento y reducción de intereses. Ello le permite concluir a la Audiencia que los demandantes estaban en perfectas condiciones de obtener, antes de la celebración del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Esta es la razón por la que la Audiencia considera superado el control de transparencia.

Esta conclusión del órgano de apelación no puede considerarse contraria a la jurisprudencia del TS ni infractora de los preceptos que se invocan en el motivo.

Son varias las ocasiones en las que el TS, en supuestos semejantes al litigioso (sentencias 654/20017, de 1 de diciembre, 247/2019, de 6 de mayo, 334/2020, de 22 de junio, y 68/2021, de 9 de febrero), ha considerado que el perfecto 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, se habría obtenido mediante el suministro al demandante, con una antelación más que suficiente respecto de la

celebración del contrato, de una información breve y clara sobre las principales características del préstamo, entre las que estaba, en el presente caso, la existencia de un límite de variabilidad del tipo de interés aplicable al préstamo conforme al cual el tipo de interés aplicable no podría ser inferior al 2,25%. En el presente caso, es muy significativo que en la oferta vinculante firmada por los solicitantes el 3 de agosto de 2007 y que fue incorporada a la escritura de 7 de septiembre de 2007 (es decir, transcurrido más de un mes), se incluyera expresamente este límite mínimo (recogida de manera coincidente y reiterada en toda la documentación aportada por el banco para reflejar el *iter* precontractual), lo que permite a la Audiencia concluir que los demandantes estaban en perfectas condiciones de obtener, antes de la celebración del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 742/2021-ECLI:ES:TS:2021:3971, de 02/11/2021**. La Audiencia Provincial declara respecto de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés impugnada que "los demandantes conocían suficientemente con antelación al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y subrogación hipotecaria, su existencia, contenido y significado".

La Audiencia llega a esa conclusión porque en la misma fecha de la escritura de compraventa y subrogación hipotecaria, los demandantes suscribieron con la entidad financiera un documento privado que se aportó con la contestación de la demanda, al que no se hizo referencia por los demandantes y al que tampoco se refirió la sentencia del juzgado, por el que se acordó temporalmente, en tanto no cambiaran las circunstancias del mercado y las relaciones entre las partes, una rebaja en el tipo mínimo incluido en la escritura, pasando del 3,75% al 3%, que es el que rigió entre las partes (y no el recogido en la escritura y cuya nulidad se solicita por los demandantes).

La Audiencia, a partir de este hecho y de que los demandantes llegaron a obtener una situación más favorable en la cláusula suelo, al reducir el mínimo previsto, alcanza la conclusión de que los demandantes conocían con antelación al otorgamiento de la escritura la existencia, contenido y significado de la cláusula suelo. Tiene en cuenta también que el Notario transcribió todas las cláusulas financieras, entre ellas la que imponía la limitación a la variabilidad del tipo de interés, que aparecía insertada en un lugar adecuado y lógico en la escritura.

Al igual que en casos semejantes, la conclusión de la Audiencia, apoyada en tales hechos y argumentos, a la vista de las circunstancias del caso no puede considerarse contraria a la doctrina del TS ni infringe los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso. Si se solicitó la subrogación en el préstamo hipotecario al promotor, y en la escritura de compra y subrogación se optó por una de las modalidades previstas en la escritura inicial y reproducidas en la escritura de compra con subrogación, e inmediatamente después se suscribió con la Caja un documento privado por el que se reducía la cláusula suelo previamente pactada con el promotor, es fácil concluir que de todo ello resulta, como dice la Audiencia, que se proporcionó a los demandantes en tiempo oportuno una información suficiente y clara para que pudieran tener una comprensión efectiva de la existencia de la cláusula suelo y de las consecuencias que comportaba (en sentido parecido, para un caso semejante, sentencia 509/2020, de 6 de octubre).

6. El control de transparencia no es aplicable si la cláusula ha sido negociada

Así se pronuncia la **STS núm. 740/2021-ECLI:ES:TS:2021:3970, de 02/11/2021**. El recurso argumenta que es muy relevante que en la escritura de subrogación y novación interviniera la Caja, a quien incumbía informar, sin que en el caso conste la información que exige la jurisprudencia sobre el control de transparencia. También se argumenta que, en el caso, la sentencia recurrida desestima su pretensión porque considera que la cláusula es sencilla y fácil de comprender y la entidad bancaria no está obligada a cumplir deberes de información y transparencia en los casos de subrogación hipotecaria. También dice que el notario no cumplió las exigencias de la Ley 41/2007. Sin embargo, la verdadera razón que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para estimar la apelación de la demandada y desestimar la petición de declaración de nulidad por falta de transparencia de la cláusula es que fue negociada.

La Audiencia concluyó que hubo una negociación singular y específica de la cláusula suelo que concluyó en el acuerdo mutuo de las partes. Esta afirmación de la sentencia recurrida no es genérica ni está basada de manera imprecisa en que se tratara de una novación del préstamo en el que se subrogaban los demandantes, sino que tiene en cuenta que en esa negociación los demandantes obtuvieron en su exclusivo beneficio una rebaja del suelo de los intereses remuneratorios. Ello con apoyo en el documento privado firmado por las partes el 29 de julio de 2010, en el que los demandantes solicitan de la entidad la subrogación/novación del préstamo hipotecario concedido al promotor, y en el que se recoge expresamente que el mínimo sería del 2,75%, de manera coincidente con lo que casi un mes más tarde se pactó en la escritura otorgada el 26 de agosto de 2010, aportada por los propios demandantes junto con el documento que se incorporó a la escritura y en el que consta la aceptación por parte de la demandada el 19 de agosto de 2010 de la citada solicitud, y en el que se cita nuevamente que en ningún caso los intereses serían inferiores al 2,75%.

Recuerdan, entre otras, las sentencias 660/2019, de 11 de diciembre, 361/2019, de 26 de junio, y 422/2019, de 16 de julio, en casos semejantes al presente, que los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las condiciones generales de la contratación. En concreto, los controles de transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables estos controles.

La condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla. Así las cosas, la impugnación formulada en el recurso no puede ser estimada, pues el control de transparencia solo es aplicable a las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, y la sentencia recurrida considera como hecho probado que hubo negociación, sin que los recurrentes hayan interpuesto recurso por infracción procesal ni hayan realizado ningún esfuerzo para desvirtuar la valoración de los hechos llevada a cabo por la Audiencia, limitándose a reiterar que no consta en las actuaciones nada que acredite una información precontractual, en contra de los hechos sobre los que se apoya la sentencia que, partiendo de la información concluye que hubo negociación. Por tanto, las alegaciones sobre cómo debe realizarse ese control de transparencia son irrelevantes, pues la cláusula suelo de la escritura de novación no es susceptible de ser sometida a tal control, al ser una cláusula negociada. Y, por definición, la

negociación excluye el carácter de condiciones generales de la contratación y, por ende, de la abusividad.

Bibliografía:

MARTINEZ ESPIN, P., *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*. Thomson Reuters Aranzadi. Colección Grandes Tratados. 2020.