



PROCURADOR:

FECHA NOTIFICACION: 31-05-2021

(n/ref: 20CA203)

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
CACERES**

SENTENCIA: 00398/2021

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CACERES. SECCION PRIMERA.

Modelo: N10250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 927 620405 Fax: .

Correo electrónico: scg.seccion3.oficinaatencionpublico.caceres@justicia.es

Equipo/usuario: MTG

N.I.G. [REDACTED]

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de PLASENCIA

Procedimiento de origen: [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: JOSE LUIS ORTIZ MIRANDA

Recurrido: LIBERBANK S.A.

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

S E N T E N C I A NÚM.- 398/2021

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO

DOÑA MARÍA LUZ CHARCO GÓMEZ

Rollo de Apelación núm.- [REDACTED]

Autos núm.- [REDACTED]

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Plasencia

En la Ciudad de Cáceres a veintiséis de Mayo de dos mil veintiuno.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- [REDACTED] del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Cáceres, siendo parte apelante, el demandante [REDACTED] representado en la instancia y en esta alzada por el

Firmado por: JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA
29/05/2021 10:10
Mérida

Firmado por: ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO
29/05/2021 14:04
Mérida

Firmado por: M. LUZ CHARCO GOMEZ
29/05/2021 14:11
Mérida



Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] y defendido por el Letrado Sr. **Ortiz Miranda**, y como parte apelada, el demandado, **LIBERBANK, S.A.**, representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. [REDACTED], y defendido por el Letrado Sr. [REDACTED].

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Plasencia en los Autos núm.- [REDACTED] con fecha 4 de Enero de 2021 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que **desestimando** la demanda interpuesta por el Procurador don [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], **debo absolver y absuelvo** a Liberbank S.A. de la pretensión deducida de contrario, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora..."

Con fecha 15 de Enero de 2021 se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA.- **ACUERDO: Estimar** la petición formulada por la representación procesal de la parte demandada, **rectificando** el error material advertido en la sentencia número 1/2021, dictada en este procedimiento el día 4 del presente mes, en el siguiente sentido: En el antecedente de hecho tercero, donde pone "*donde compareció únicamente la parte actora*", debe decir "**con la comparecencia de ambas partes...**".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo en forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandada presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos



originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por la parte apelante con fecha 18 de Mayo de 2021 se dictó Providencia que acordaba la admisión del documentos aportado por dicha parte, y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **25 de Mayo de 2021**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA.**

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción de nulidad de condición general de la contratación, concretamente la cláusula suelo incorporada a escritura de préstamo hipotecario, con devolución de las cantidades indebidamente percibidas.; pretensión que fue desestimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandante, se alza el recurso de apelación, alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

1º) Infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación, de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), así como los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 del Código Civil, junto con el artículo 57 del Código de Comercio que eran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, ya que esta parte nunca basó su solicitud de nulidad de la cláusula suelo impuesta a la actora en su carácter de consumidor, sino que desde un principio tratándose de una sociedad la contratante, asumimos que no le era de aplicación el TRLGCIU y por tanto es normal que la sentencia



de instancia niegue la condición de consumidores del demandante en base a la alegación de la parte y que el inmueble fue adquirido como inversión empresarial, pero de la valoración del resultado probatorio no permite extraerse la conclusión de que la cláusula suelo del 2,65% que le están aplicando a la actora supere el control de incorporación ya que en el título (escritura de compraventa con subrogación de fecha 17 de agosto de 2016), no aparece la misma en ninguno de sus apartados.

Obsérvese que, en referidas escrituras de Compraventa, pese a tratarse conjuntamente de subrogación, no aparecen en ningún momento las condiciones del préstamo que vincula a la actora, más allá del precio de la compraventa y el importe restante del préstamo a liquidar a la fecha de la firma de las escrituras. Tan sólo aparece una remisión genérica en la página 8 de las escrituras a que "la parte adquirente manifiesta conocer en su integridad la citada escritura de préstamo" pero nada más alejado de la realidad.

La información que la actora obtuvo previamente a la firma de las escrituras fueron, importe total a amortizar, que el tipo de interés era variable referenciado a EURIBOR, plazo en años, y cuantía de la cuota mensual que se venía pagando por la anterior sociedad propietaria de la finca. En ningún momento, ni por parte de la anterior sociedad prestataria, ni por parte de la entidad bancaria, se le dio copia de la escritura de préstamo promotor, ni se le entregó oferta vinculante alguna. Entiende que el control de incorporación en ningún caso se ha superado.

Ante tal situación la actora hizo gestión de localización y consiguió copia de las escrituras en las que se subrogó, y a las que no tuvo acceso con carácter previo a la firma de la compraventa con subrogación. Por tanto, se han infringido los arts. 5 y 7 de la LCGC. Como efecto del incumplimiento de los artículos anteriores el art. 8 LCGC dispone: 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Pues bien en virtud a lo establecido en la normativa reproducida, en relación a la escritura de compraventa con subrogación de fecha 17 de agosto de 2006, debemos decir que vulnera lo dispuesto en el artículo 7 de la LCGC, pues no consta que el adherente tuvo oportunidad real de conocer las mismas al tiempo de la concertación del préstamo hipotecario,



pues no aparece la limitación del 2,65%, en el resumen de condiciones que transcribe el notario autorizante, en la cual recoge las condiciones esenciales de la escritura sin incluir la cláusula limitativa del tipo de interés más allá de la remisión genérica contenida en los Folios 7 y 8 de la escritura de Compraventa con subrogación de fecha 17 de agosto de 2006 donde se recoge: "La parte adquirente manifiesta conocer en su integridad la citada escritura de préstamo", lo que incumple lo prevenido en los artículos 5 y 7 de la LCGC y que determina su nulidad de conformidad con el artículo 8 de la meritada norma.

La citada cláusula de remisión genérica, no profundiza en ninguna de las características del préstamo, es tratada con un carácter meramente accesorio, sin resaltar su importancia que influirá en el precio de la operación hipotecaria, donde no se habla del tipo de interés ni en las advertencias notariales, consta la existencia de la cláusula de limitación de tipo mínimo, y por tanto no constando que con carácter previo a la celebración la demandada informarse a la parte prestataria de la existencia de una limitación de la baja del interés variable (artículo 5 LCGC).

Por tanto, encontrándonos con una escritura de una cierta extensión y no habiendo tenido información previa de la escritura en la que se subrogaba, no podemos afirmar que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer la cláusula impugnada al tiempo de la celebración del contrato, lo que lleva a declarar la nulidad de la misma de conformidad con los artículos 7.1.a) y 8 de la LCGC.

En ese sentido se han pronunciado las STS 124/2017, 168/20 y 296/20.

El contrato objeto del presente procedimiento está otorgado fuera del ámbito del derecho de consumo, siendo, ambas partes empresarios no consumidor, por lo que es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de Contratación y a la normativa bancaria vigente en el momento de la contratación.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la declaración de cláusulas abusivas fuera del ámbito de la protección a los consumidores, reconoce la procedencia del control de incorporación de las cláusulas, de conformidad con los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales para la Contratación, así como el control y nulidad de aquellas Condiciones Generales entre profesionales cuando no se cumplan los requisitos de buena fe contractual y exista abuso por la posición dominante de una de las partes.



Serán igualmente nulas, de conformidad con el art. 8 LCGC aquellas cláusulas que contradigan normas imperativas o prohibitivas, en perjuicio del adherente.

En relación a la normativa bancaria aplicable, entre otras, es de aplicación: Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito. Son de aplicación los arts. 1255, 1256 y 1258 del Código Civil, junto con el artículo 57 del Código de Comercio cuyo incumplimiento deberá comportar la nulidad de la cláusula.

En cuanto a los efectos de la pretendida declaración de nulidad por infracción del control de incorporación de Condición General de la Contratación, de conformidad con la Ley de Condiciones Generales para la Contratación, en su artículo 8, junto con el artículo 1303 CC, por lo que procede reclamar la devolución entre las partes de las prestaciones surgidas de la aplicación de la cláusula nula, y por tanto, la restitución a la actora, por parte de la entidad, de aquellas cantidades cobradas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula.

En definitiva, el efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo no puede ser otro que la restitución por parte de la entidad, al adherente, de cuantas cantidades ha abonado en aplicación de esa cláusula, desde el inicio de la relación contractual.

El Tribunal Supremo ha vuelto ha declarado que los pequeños empresarios y los autónomos pueden demandar a las entidades financieras por la existencia de cláusulas suelo impuestas en el contrato de crédito hipotecario, según se establece en una sentencia de 11 de marzo de 2020. Así, no es suficiente que la cláusula sea clara, sino que además se exige que se el prestatario haya tenido conocimiento de la misma.

2º) Sobre la obligación de la entidad prestataria de facilitar información pese a tratarse de una subrogación, como particularidad en este préstamo, cita la SAP Pontevedra. Añade que, la entidad prestamista podrá autorizar genéricamente la subrogación, estar presente o no, intervenir en el acto de otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación o decidir no hacerlo, pero su consentimiento es preciso en todo caso para que se produzca la novación subjetiva pasiva y, por ende, para la válida subrogación hipotecaria, por lo que en ningún caso el ejercicio de dicha facultad le libera de las obligaciones que derivan del desarrollo de su actividad en materia de concesión de créditos y préstamos, siendo de plena



aplicación el doble control de transparencia en materia de cláusulas abusivas previsto por la STS 241/2013 de 9 de mayo.

Termina solicitando la revocación de la sentencia de instancia, y en su lugar, se estime la demanda declarando la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo con hipotecario de fecha 3 de agosto de 2005, en la que se subrogó la actora a través de la de compraventa con subrogación de fecha 17 de agosto de 2006 por no superar el control de incorporación y condenando a la entidad demandada LIBERBANK S.A. a restituir las cantidades abonadas por la parte demandante como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de suscripción de referida escritura de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. - Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas, esencialmente la documental acompañada a la demanda.

Consta al efecto, que en fecha 17 de agosto de 2006, se suscribió un contrato de compraventa con subrogación, por el que [REDACTED] se subrogó en el préstamo hipotecario concertado el 3 de agosto de 2005 entre LIBERBANK y la mercantil vendedora [REDACTED]

Entre las condiciones esenciales de tal préstamo con garantía hipotecaria que gravaba la finca sita en la [REDACTED] término municipal de [REDACTED] y el término municipal de [REDACTED], se encontraba una cláusula suelo en virtud de la cual el interés variable pactado no podía ser inferior al 2,65 % nominal anual ni superior al 12 %.

En las escrituras de Compraventa y subrogación, no aparecen las condiciones del préstamo que vincula a la actora, más allá del precio de la compraventa y el importe restante del préstamo a liquidar a la fecha de la firma de las escrituras. Tan sólo aparece una remisión genérica en la página 8 de las escrituras a que "la parte adquirente manifiesta conocer en su integridad la citada escritura de préstamo", no constando que tuviera dicho conocimiento, pues la condición general de la contratación, no estaba incorporada

a la única escritura de compraventa y subrogación firmada por la actora.

La mercantil actora no reclama por ostentar la condición de consumidora, sino con apoyo en los Arts. 1, 7 y 8 de la LCGC, al entender que estamos ante una condición general de contratación.

TERCERO. - Para la decisión del recurso debemos partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, partiendo de la base de que no se interesa la nulidad de la cláusula suelo impuesta a la actora en su carácter de consumidor, sino que admitiendo que se trata de una sociedad la contratante, no le era de aplicación el TRLGCU, reconociendo que el inmueble fue adquirido como inversión empresarial.

Pues bien, es doctrina reiterada que, en la contratación con condiciones generales, el control de transparencia y abusividad está reservado a los contratos entre empresarios y consumidores, mientras que en los contratos en los que los adherentes no tienen la condición de consumidor, como es el caso, solo procede el control de incorporación (SSTS 20 abril y 9 de marzo de 2021, 391/2020, de 1 de julio, 230/2019, de 11 de abril, 414/2018, de 3 de julio, entre otras muchas).

Sobre el control de incorporación de las denominadas cláusulas suelo, la sentencia 534/2020, de 15 de octubre, sintetizando la doctrina de la sala (sentencias 296/2020, de 12 de junio, y 391/2020, de 1 de julio, entre otras), explica: "En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes, suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala)".

La STS de 11 de marzo de 2020, declara lo siguiente: "1.- Aunque es cierto que, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta sala, en los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son



consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación, la Audiencia Provincial no ha realizado un control de transparencia, puesto que es consciente de que los demandantes no son consumidores (el prestatario por ser un empresario individual y la prestataria por la vinculación funcional que supone la responsabilidad patrimonial del cónyuge del citado empresario).

La Audiencia Provincial, confirmando el criterio de la sentencia de primera instancia, considera que la cláusula no supera el control de incorporación porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato y, por tanto, su mera existencia. Lo que no supone hacer un control de transparencia, sino un control de incorporación, que es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional.

Como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo:

" En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC - "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]"- "

2.- Razón por la que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO. - Segundo motivo de casación. Caracterización del control de incorporación Planteamiento: 1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7.b LCGC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo representada por las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 3 de junio de 2016.

1.- No es correcto afirmar, utilizando para ello la cita parcial de alguna sentencia, que la jurisprudencia de esta sala limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical. Precisamente, bastaría con reiterar la cita de la sentencia 241/2013 que hemos reproducido en el fundamento anterior para ver que no es así.

2.- Como declaramos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones, para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad,

debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad.

Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC.

3.- Razones por las cuales este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, y 52/2017, de 3 de febrero.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida, al declarar la nulidad de la cláusula suelo por considerar que la entidad prestamista actuó con abuso de posición dominante e infracción de las reglas de la buena fe contractual no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por el adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la limitación a la variabilidad del tipo de interés del préstamo.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo no ataca realmente la ratio decidendi de la sentencia, que es que la cláusula no supera el control de incorporación porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre. Que es precisamente el argumento de la sentencia de primera instancia, cuya fundamentación expresamente acepta la de la Audiencia Provincial, para considerar que los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula suelo.

El resto de consideraciones de la sentencia recurrida sobre la buena fe contractual o el abuso de posición dominante son meros argumentos de refuerzo, pues lo decisivo es que la cláusula no fue correctamente incorporada al contrato".

Finalmente, la STS, Sala de lo Civil de 12 de junio de 2020, dispone:

"SEGUNDO. - Primer motivo de casación. Caracterización del control de incorporación de condiciones generales de la contratación Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de la jurisprudencia establecida en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 3 de junio de 2016. 2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que el control de incorporación se limita únicamente a la mera transparencia documental o gramatical y no a la información sobre la carga jurídica y económica de la cláusula controvertida, que es propio del control de transparencia. Es decir, la Audiencia Provincial hace pasar como control de inclusión lo que realmente es control de transparencia.



Decisión de la Sala:

1.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala).

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo:

"[la] cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

2.- En este caso, la Audiencia Provincial consideró que como el empleado del banco no conocía la cláusula suelo tampoco la conocía el cliente. Pero dicho tipo de conocimiento no se refiere a la incorporación, sino al funcionamiento de la cláusula, es decir a la consciencia sobre su carga jurídica y económica, lo que constituye control de transparencia y no de inclusión. De hecho, la sentencia recurrida hace otras valoraciones propias del control de transparencia, sobre la entrega a tiempo de la oferta precontractual o la explicación sobre los escenarios hipotéticos en función de la evolución de los tipos de interés.

De esta manera, lo que la Audiencia Provincial hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la prestataria no pudo comprender el alcance de la cláusula a lo que se está refiriendo es a su comprensibilidad de la carga jurídica y económica.

3.- Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser estimado.

TERCERO. - Segundo motivo de casación. Buena fe contractual
Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, y 52/2017, de 30 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula suelo por considerar que vulnera la buena fe contractual, no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por la prestataria para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo, la limitación que conlleva el control sobre el precio y que no estamos ante una cláusula insólita que pueda calificarse de sorprendente.

Decisión de la Sala:

1.- En la demanda únicamente se ejercitó una acción de nulidad por falta de transparencia, pese a lo cual, la Audiencia Provincial, para declarar la nulidad de la cláusula suelo, aparte de considerar que no superaba el control de incorporación, añadió como argumento de refuerzo que contravenía la buena fe contractual, con invocación de los arts. 1258 CC y 57 CCom.

Al margen de los problemas de incongruencia, por alteración de la causa petendi, que ello pueda conllevar, que no podemos tratar por no haber sido denunciados mediante un recurso extraordinario por infracción procesal, como en la demanda no se hizo mención a la nulidad por esta causa, no se argumentó al respecto, ni se formuló prueba al efecto, por lo que no hay base para decidir sobre el particular.

Como declaramos en la sentencia 57/2017, de 30 de enero:

"Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las "cláusulas sorprendentes" (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para



introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato. "Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

"Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente".

2.- En este caso, no consta que concurren tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en los casos enjuiciados en las sentencias 647/2019, de 28 de noviembre, y 80/2020, de 4 de febrero, reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el segundo motivo de casación también debe ser estimado".

CUARTO. - Finalmente, un supuesto similar al presente es examinado por la Sentencia de la AP de Pontevedra de 5 de febrero de 2015, declarando la nulidad de la cláusula suelo, con los siguientes argumentos:

"1º. La subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación subjetiva pasiva que exige el consentimiento del acreedor, que puede ser previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, pero lo exige para que tenga efectos liberatorios para el primitivo deudor (art. 1.205 CC).

Es claro, pues, que su voluntad condiciona la validez y eficacia de la subrogación y, por tanto, no puede sostenerse que está al margen de la operación, sino que como acreedora es



parte esencial de la misma y, en tal condición, puede y debe respetar las prescripciones legales, entre las que se encuentra el deber de información, sin que pueda eludir la norma mediante autorizaciones genéricas e indeterminadas a las subrogaciones derivadas de las ventas que pueda hacer el promotor a terceros.

2°. La entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato de préstamo al promotor las cláusulas que estimó conveniente, y entre ellas la cláusula suelo, por lo que es responsable, en todo caso, de que tanto en la escritura matriz, como en la de subrogación hipotecaria se asegure ese doble control de transparencia, de inclusión y comprensibilidad real, sin que su ausencia en el momento de la firma de la escritura de subrogación pueda enervar el derecho del deudor a recibir la información necesaria para decidir su aceptación.

3°. La entidad prestamista es la que se beneficia por la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo, y no solo porque le protege contra el riesgo de que el tipo de interés descienda por debajo de un tipo mínimo que garantice la cobertura de determinados costes, ni tan siquiera para asegurarse una rentabilidad o beneficio económico mínimo, como afirma la citada SAP de Pontevedra - cobertura de costes y beneficio mínimo que ya estarían asegurados por el diferencial respecto al tipo de referencia, como el Euribor, que es el tipo al que se financia la Banca -, sino multiplicándolo exponencialmente con cada bajada de ese tipo de referencia, al aumentar la diferencia entre el tipo al que se financia la entidad prestamista, y el que percibe como consecuencia del suelo del prestatario.

4°. La entidad financiera debe responder por el promotor-vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia ex art.1.902 CC, por recaer sobre ella un deber de cuidado como es la obligación de información legal y reglamentariamente impuesta, sea por responsabilidad por hecho ajeno ex artículo 1.903 CC, si es que se entiende que se ha reservado una cierta función de vigilancia y control del cumplimiento del deber de información que hace recaer sobre el promotor, y de la que no se puede desvincular completamente, como su fuera un tercero ajeno al préstamo.

5°. La actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito, no los promotores ni constructores, siendo una exigencia legal -art.

9.1 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 - que el personal de dichas entidades de crédito mantengan "un nivel adecuado de conocimientos y competencia en relación con la elaboración, la oferta o la concesión de contratos de crédito...", como medio de garantizar un nivel adecuado de información al consumidor, a través de toda la operatoria precontractual y contractual, y así la transparencia; dicha obligación de formación no pesa sobre el personal comercializador de constructoras y promotoras, cuyo único interés es, además, vender sus inmuebles.

6°. La transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitiría a aquélla eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de consumidores y, consecuentemente, su responsabilidad en el incumplimiento, abriendo la puerta a fraudes de ley, al facilitar la elusión de la normativa reguladora por quien continúa siendo la prestamista, diseñadora y beneficiaria de esa cláusula suelo".

QUINTO. - Aplicando la anterior jurisprudencia al supuesto que nos ocupa, según la prueba documental practicada, básicamente, la acompañada a la demanda, como hemos visto, en la escritura de Compraventa y subrogación, no figuran las condiciones del préstamo que vincula a la hoy apelante, en su condición de compradora, a excepción del precio de la compraventa y el importe restante del préstamo a liquidar a la fecha de la firma de dicha escritura.

Simplemente se hace constar una remisión genérica a que "la parte adquirente manifiesta conocer en su integridad la citada escritura de préstamo" pero, insistimos en ningún momento consta que la compradora y subrogada en la hipoteca tuviera conocimiento de las condiciones del préstamo más allá del principal pendiente, el plazo de amortización y las cuotas mensuales, que venía abonando la parte vendedora.

Como Liberbank no intervino en la escritura de compraventa y subrogación, no entregó copia de la escritura de hipoteca a la parte subrogada en dicha hipoteca, ni menos aún se le entregó oferta vinculante alguna, por lo que, es obvio que no se ha superado el control de incorporación a que alude la jurisprudencia.

Dice Liberbank que no le puede vincular la escritura de subrogación porque no intervino en la misma, olvidando que, la subrogación del tercero en la posición del vendedor e inicial



prestatario, implica una novación subjetiva pasiva que exige el consentimiento del acreedor, que puede ser previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, pero lo exige para que tenga efectos liberatorios para el primitivo deudor (art. 1.205 CC).

Por ello, no puede sostenerse que está al margen de la operación, sino que como acreedora es parte esencial de la misma y, en tal condición, puede y debe respetar las prescripciones legales, entre las que se encuentra el deber de información.

Fue LIBERBANK como parte prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato de préstamo al primer comprador las cláusulas que estimó conveniente, y entre ellas la cláusula suelo, por lo que es responsable, en todo caso, de que tanto en la escritura inicial, como en la de subrogación hipotecaria se asegure el control de inclusión y comprensibilidad real, sin que su ausencia en el momento de la firma de la escritura de subrogación pueda enervar el derecho del deudor a recibir la información necesaria para decidir su aceptación.

En definitiva, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia, y en su lugar, se estima la demanda en su integridad.

SEXTO. - De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de la instancia se imponen a la parte demandada al estimarse la demanda, sin hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada al estimarse el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

F A L L O

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia núm. 1/21 de fecha 4 de enero dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Plasencia en autos núm. [REDACTED] de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS** expresada resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar:



1º) Se declara la nulidad de la Condición general de la Contratación inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 3 [REDACTED] de 2005, en la que se subrogó la actora a través de la de Compraventa con subrogación de fecha [REDACTED] de 2006.

2º).- Se condena a LIBERBANK, S.A. a eliminar dichas condiciones general de la contratación de los mencionados contratos de préstamo hipotecario, a su costa.

3º).- Se condena a LIBERBANK, S.A recalcular el cuadro de amortización sin aplicar dichas condiciones y devolver las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha de la firma de las escrituras de Compraventa con subrogación de fecha [REDACTED] de 2006, a determinar en ejecución de sentencia, por la diferencia entre la cuota efectivamente cobrada, conforme a lo pactado, con la aplicación de suelo del 2,65% y la que resultaría si no se hubiera aplicado, calculadas ambas, conforme a la fórmula pactada, y recogida en la Cláusula "cálculo de intereses" de la escritura de fecha [REDACTED] de 2005 (EURIBOR más diferencial de 0,80%), más el correspondiente interés legal, conforme a los dispuesto en el art. 1303 del Código Civil y 576 LEC.

4º) Las costas de la instancia se imponen a la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA