



Roj: **STS 1980/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1980**

Id Cendoj: **28079110012020100285**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2020**

Nº de Recurso: **3392/2017**

Nº de Resolución: **314/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1933/2017,**
STS 1980/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 314/2020

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3392/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/04/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3392/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 314/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 256/2017, de 28 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 399/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Avilés, sobre nulidad cláusula préstamo hipotecario.

Es parte recurrente D.ª Diana y D. Teodulfo, representados por la procuradora D.ª Ana Belén Pérez Martínez y bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño.

Es parte recurrida BANCO CEISS, representado por el procurador D. Javier Álvarez Díez y bajo la dirección letrada de D.ª Marta Junquera Sánchez-Molina.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D. Teodulfo y de D.ª Diana, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare nula por abusiva la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario de fecha 13 de diciembre de 1999, condenando a la demandada en base a lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil a la devolución o restitución de las cantidades que hayan sido abonadas por los actores para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de la estipulación indicada."

2.- La demanda fue presentada el 4 de agosto de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Avilés, fue registrada con el n.º 399/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Pedro Miguel García Angulo, en representación de la entidad Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., contestó a la demanda, solicitando su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Avilés dictó sentencia 67/2017, de 2 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo íntegramente la demanda de juicio ordinario promovida por D. Teodulfo y D.ª Diana, representados por la Procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, frente a la entidad Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., representada por el Procurador D. Pedro Miguel García Angulo; absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra y con expresa condena a la parte demandante al abono de las costas devengadas en la presente instancia."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Teodulfo y de D.ª Diana. La representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 276/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 256/2017, de 28 de junio, cuyo fallo dispone:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Diana y Don Teodulfo, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Avilés en fecha dos de mayo de dos mil diecisiete, en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 399/16, confirmando dicha resolución sin expresa imposición de las costas procesales del recurso."

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D.ª Diana, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:



"Motivo único de casación: Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 1.205 del Código Civil, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 590/2015 de 05 de noviembre del 2015, recurso 2634/2013 y en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 254/2002 de 21 de marzo de 2002, recurso 187/1997 en relación con la infracción de las normas relativas a la novación derivada de la subrogación hipotecaria, que consideran, en todo caso, que el acreedor ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negocial."

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 octubre de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- El procurador D. Javier Álvarez Diez, en representación de la entidad BANCO CEISS se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- El 13 de diciembre de 1999, los actores, D. Teodulfo y D^a. Diana, como compradores, y la sociedad Pavidasa S.L, como vendedora, suscribieron un contrato de compraventa de una vivienda con subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la misma, en virtud de contrato de suscrito en fecha 2 de marzo de 1998 por Pavidasa S.L., como prestataria, con Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. (en adelante Banco Caja España), como prestamista.

La citada entidad financiera no intervino, en ningún concepto, en la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria.

En la reseñada escritura de compraventa figuraba una cláusula quinta con el siguiente tenor literal:

"Quinta.- Todos los gastos e impuestos que origine esta escritura, incluso el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, si se devengare, aunque por imperativo de la ley vengan girados a la parte vendedora, los de subrogación en el crédito hipotecario, y los de cancelación y carta de pago en su día, así como los de contribución urbana, gastos de comunidad y cualesquiera otros que los inmuebles transmitidos originen a partir de esta fecha, correrán por cuenta y cargo de la parte compradora".

2.- Los Sres. Teodulfo y Diana interpusieron demanda contra Banco Caja España en la que pedían: (i) declarar la nulidad por abusiva de la cláusula quinta del contrato; y (ii) condenar a la demandada a la "devolución o restitución de las cantidades que hayan sido abonadas por los actores para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de la estipulación indicada", con base en el art. 1303 CC.

En concreto en el suplico de la demanda se decía:

"Que se condene a (actualmente España Duero Grupo Unicaja), por aplicación del art. 1303 del C.Civil, a la devolución y/o restitución de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por mis mandantes para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas, como consecuencia de la aplicación de dichas estipulaciones que se declaren nulas, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso. Subsidiariamente que sea condenada a reintegrar a mis mandantes todos los gastos correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario que por aplicación de normas imperativas correspondían al banco y fueron abonados por mis representados (gastos de notaría, impuestos y registro de la propiedad del crédito hipotecario), más intereses legales".

3.- El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la parte demandada por las siguientes razones: (i) aun cuando la parte actora a lo largo del escrito de demanda insiste en denominar el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad pretende, contrato de préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que el contrato en el que se incluye la



cláusula cuya nulidad se interesa es un contrato de compraventa celebrado entre los actores y un apoderado de Pavidasa, S.L.; (ii) en dicho contrato, por el que esta entidad transmitía a los actores la propiedad de una vivienda, se pactó la subrogación de los mismos en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda objeto de la venta; (iii) al margen de dicho pacto se formalizó la compraventa conforme a unas cláusulas, una de las cuales es la quinta cuya nulidad se pretende; (iv) la entidad demandada no fue parte en el contrato en el que se incluyó la cláusula controvertida; (v) fueron los compradores, ahora demandantes, y la entidad vendedora, quienes pactaron que todos los gastos derivados de la compraventa, que no del préstamo con garantía hipotecaria, serían de cargo de los compradores; (vi) la entidad bancaria no tiene legitimación en un procedimiento en el que lo que se interesa es la nulidad de una cláusula incluida en un contrato en el que no es parte; (vii) no pretende la parte actora la nulidad de una cláusula incluida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se subrogaron y en el que si fue parte la entidad bancaria demandada; sino que lo que pretende es la nulidad de una cláusula incluida en un contrato de compraventa en el que ninguna intervención tuvo la entidad demandada; (viii) frente a la afirmación de la parte actora de que fue la demandada quien procedió a la redacción unilateral del contrato que nos ocupa y a su imposición a la parte compradora, entiende que tal extremo no ha sido probado, y que la entidad bancaria no intervino en dicho contrato, ni como parte ni prestando su consentimiento a la subrogación de la hipoteca, y que la intervención de la entidad bancaria era posterior a la firma de la compraventa con subrogación; (ix) en caso de declararse la nulidad pretendida resultaría oponible a la parte vendedora, que sí fue parte en el contrato pero que no ha sido demandada en el presente procedimiento, con la consiguiente indefensión que ello le generaría.

4.- De la citada sentencia resultan los siguientes hechos relevantes: (i) la demandada no compareció en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria; (ii) los únicos comparecientes fueron los compradores y el representante de la vendedora; (iii) en dicha escritura se pactó, como forma de pago de parte del precio de la compraventa, la subrogación de la compradora en el saldo pendiente del préstamo garantizado con hipoteca sobre el inmueble vendido, concedido inicialmente a la promotora ("a Retiene en su poder la parte adquirente la suma de nueve millones trece pesetas (54,169.22 cincuenta y cuatro mil ciento sesenta y nueve con veintidós euros) que según queda dicho importa el principal pendiente de pago del préstamo hipotecario que grava el piso objeto de ésta escritura y del que es acreedor la Entidad Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, en todos cuyos derechos obligaciones se subroga expresamente la parte compradora, que ratifica todos los extremos de la citada escritura de constitución de hipoteca, en la que, como se ha dicho se subroga en toda su extensión y alcance, asumiendo no solo la deuda sino también la obligación de pago de la misma. Asimismo la parte compradora asume la obligación del pago de los intereses devengados por el referido préstamo a partir del día de la fecha de esta escritura de venta."); (iv) en la promoción a la que pertenece la vivienda vendida se concedía la financiación al promotor con la condición de subrogación preconcedida a todos aquellos que abonaran al promotor durante la construcción el 20% del precio de la vivienda, de forma que se subrogaban en el momento de la compra en el 80% restante; (v) la intervención de la entidad bancaria era posterior a la firma de la compraventa con subrogación, de forma que los compradores acudían a la entidad bancaria con posterioridad a la firma de la compraventa para gestionar todo lo relativo a la subrogación en el préstamo hipotecario; (vi) la entidad acreedora no intervino en la redacción de la cláusula litigiosa.

5.- Contra la sentencia de primera instancia los Sres. Teodulfo y Diana interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestimó dicho recurso, en síntesis, por las siguientes razones: (i) en el recurso los apelantes varían sustancialmente la petición que habían realizado en la instancia, limitando ahora la nulidad a los gastos de subrogación hipotecaria y no a la totalidad de la cláusula quinta antes transcrita, sin que sea admisible la modificación que pretende introducirse en la alzada; (ii) la cláusula litigiosa está inserta en un contrato de compraventa en el que no fue parte la entidad bancaria y contempla una serie de gastos a los que es totalmente ajena: plusvalía, gastos de comunidad, gastos e impuestos propios de la compraventa; (iii) resulta difícilmente comprensible la razón por la cual la entidad hipotecante ha de correr con los gastos e impuestos de una subrogación hipotecaria, que a ella no le genera ningún beneficio o ventaja pues la garantía hipotecaria ya la tiene constituida a su favor en una fecha anterior; (iv) dicha subrogación forma parte integrante de la forma de pagar el precio pactado en la venta; (v) no cabe accionar interesando la nulidad de una cláusula de un contrato sin demandar a quién ha sido parte en el mismo, y quien, en consecuencia, resultaría directamente afectado por la decisión que se tomara; (vi) se está ante obligaciones asumidas por los compradores frente a la vendedora con relación al contrato de compraventa y a la forma de abonar el precio, a lo que, en sí mismo, es ajena la demandada; (vii) si lo que pretendía la actora era obtener la declaración de nulidad de los gastos que supusiera la subrogación hipotecaria con relación a la entidad prestamista por abusivos e impuestos por el banco, debería haberlo interesado así, solicitando la nulidad de aquellos contratos que hubiera celebrado con ella, pero no la nulidad de una cláusula de un contrato en el que no era parte y si lo era otra persona, y cuyo alcance excedía notablemente del indicado.



6.- Los demandantes han interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurso de casación, articulado en un único motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Formulación del motivo.*

1.- El único motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, y denuncia la infracción del art 1.205 CC por vulnerar la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de esta Sala núm. 590/2015, de 5 de noviembre del 2015 y núm. 254/2002, de 21 de marzo de 2002, en relación con las normas relativas a la novación derivada de la subrogación hipotecaria, sentencias que declaran que el acreedor ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negocial.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, en síntesis, lo siguiente: (i) la infracción legal consiste en que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia indicada, (a) al negar el alcance de la novación negocial que se produce por la sustitución de la persona del deudor, y (b) al negar las consecuencias jurídicas que produce la cláusula de gastos del contrato de compraventa y subrogación hipotecaria y la participación de la entidad bancaria en dicha la cláusula; (ii) según la jurisprudencia, el acreedor hipotecario no es un tercero que queda al margen de la venta con subrogación en el préstamo al promotor, sino que participa activamente en la novación, aceptándola expresa o tácitamente (art. 1205 CC); (iii) al ser dicho acreedor beneficiario directo de la subrogación, no se puede negar su intervención en el negocio jurídico; (iv) fue la entidad prestamista la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo la cláusula relativa a los gastos de subrogación en el préstamo hipotecario; (v) la novación en ningún caso puede llevarse a cabo sin el consentimiento del acreedor, lo que implica la participación de la entidad financiera en la nueva y moderna relación obligatoria creada tras la sustitución del deudor como consecuencia de subrogación hipotecaria; (vi) es pertinente el control de transparencia de las cláusulas de la subrogación hipotecaria con novación modificativa, entre las que se halla la cláusula de gastos de dicha subrogación, siendo la entidad financiera responsable única de la posible abusividad por falta de transparencia de dicha cláusula; (vii) insiste en que si la novación subjetiva pasiva exige el consentimiento del acreedor, previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, su voluntad condiciona la validez y eficacia de la subrogación y, por tanto, no puede afirmarse que la entidad financiera, como acreedora, no interviene en la misma, pues su consentimiento es necesario para que tenga lugar la sustitución de un deudor por otro con efectos liberatorios para el primero; (viii) ninguna subrogación hipotecaria del nuevo hipotecante se lleva a cabo y se produce sin la materialización e inscripción en el registro de la propiedad de dicho cambio y sustitución de un deudor por otro, lo cual indiscutiblemente favorece a la entidad bancaria, que ante una situación de incumplimiento, podrá hacer valer su derecho frente al nuevo deudor y no frente al primitivo; (ix) que a la vista del suplico de la demanda no se ha incurrido en una *mutatio libelli*.

TERCERO.- *Decisión de la Sala. Falta de legitimación pasiva de la entidad demandada.*

Por las razones que se exponen a continuación el motivo debe ser desestimado.

1.- La tesis impugnativa del motivo se basa en afirmar la *legitimatio ad causam* de la demandada con base, en síntesis, en dos ideas esenciales: (i) el régimen del art. 1205 CC supone que la entidad acreedora intervino necesariamente en la subrogación hipotecario, pues este precepto impone para que la asunción de deuda por un tercero tenga efectos novatorios y libere al deudor originario que así lo consienta el acreedor; y (ii) fue la entidad acreedora la que redactó la cláusula de gastos de la subrogación hipotecaria.

2.- La legitimación *ad causam* es una cuestión preliminar, y consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito, que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva. Se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar.

La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido. Supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas; por lo que ha de atenderse al contenido de la relación jurídica invocada por la parte actora.

A la legitimación se refiere el art. 10 LEC, que bajo la rúbrica "condición de parte procesal legítima", dispone, en su párrafo primero, que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes están legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo. Lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el "suplico" de la misma, en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión.

3.- Como afirmamos en la sentencia núm. 623/2010 de 13 octubre:



"la legitimación pasiva *ad causam* [para el proceso] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002 , 21-10-2009, 177/2005, 28 de febrero de 2002). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7-11-2005), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será ésta, sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".

4.- En el presente caso la pretensión principal es la nulidad de la cláusula de imputación gastos incluida en la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, en cuyo otorgamiento no intervino la entidad demandada. A pesar de ello el recurrente sostiene que la demandada, como acreedora en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda objeto de la compraventa, tiene legitimación para soportar la acción de nulidad ejercitada porque, aunque no fuese parte contratante en dicha compraventa, como acreedor debió necesariamente consentir la subrogación hipotecaria pactada en la propia escritura de compraventa, conforme a lo previsto en el art. 1205 CC y, además, intervino en la redacción de la cláusula controvertida.

5.- Aunque en el suplico de la demanda y en el desarrollo de su fundamentación jurídica, como se ha observado en la instancia, la parte actora insiste en denominar el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad pretende, contrato de préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que ese contrato es de compraventa con pacto de subrogación hipotecaria entre la sociedad vendedora y los compradores, siendo la demandada titular del gravamen hipotecario y acreedora del préstamo garantizado por dicha hipoteca. Se plantea, por tanto, una cuestión de interpretación del alcance subjetivo del citado contrato en que se inserta la cláusula objeto de impugnación.

6.- La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que, salvo que sea arbitraria o ilógica, debe estarse a la interpretación del contrato formulada en la instancia (por todas, sentencia núm. 623/2010 de 13 octubre), sin que sea posible el mero planteamiento ante este tribunal de una interpretación alternativa a la efectuada por la Audiencia Provincial (STS de 18 de octubre de 2006).

Como indica la citada sentencia de esta Sala núm. 623/2010, de 13 de octubre, reiterando la de 30 de marzo de 2007, "el objeto de la interpretación contractual se desdobra en dos partes: la fijación de hechos, *quaestio facti* [cuestión de hecho], y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas o *quaestio iuris* [cuestión de Derecho]; el punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281 CC (STS de 30 de septiembre de 2003) y, por consiguiente, debe estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes (STS de 28 de junio de 2004). El artículo 1282 CC solo entra en juego cuando por falta de claridad de los términos del contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes (SSTS de 1 de febrero de 2001 y 20 de mayo de 2004)".

7.- En este caso, a la vista de los elementos fácticos relevantes, reseñados en el Fundamento de Derecho primero de esta resolución, la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, al concluir que la demandada no fue parte en el contrato litigioso ni redactó sus cláusulas, y que por ello carece de legitimación *ad causam*, no puede considerarse ilógica o absurda, pues la relación jurídica u objeto litigioso en este caso no reside en alguna/s de las cláusulas del contrato del préstamo hipotecario, ninguna de las cuales ha sido impugnada, contrato del que sí fue parte contratante la demandada, sino en una cláusula (la quinta) incorporada a un contrato (el de compraventa con pacto de subrogación) en el que no intervino.

Como dijimos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, y reiteramos en otras posteriores, para que una cláusula de un contrato pueda ser calificada de condición general de la contratación (art. 1 LCGC), es necesario que concurra, además de otros requisitos (contractualidad, predisposición, generalidad), el de la "imposición", esto es, "su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes [...]". Resulta artificioso pretender la declaración de abusividad de una cláusula contractual no negociada individualmente, como condición general impuesta, demandando a quien no fue parte del contrato - ni, en consecuencia, pudo imponer la cláusula litigiosa -, sin demandar a quien sí actuó en dicho contrato como predisponente (en este caso, la promotora Pavidasa, S.L).

8.- La parte recurrente articula el recurso de casación desde una contemplación de los hechos diferente a la constatada por la sentencia recurrida, partiendo de una base fáctica diversa a la fijada en la instancia tras la valoración de la prueba, de suerte que respetada tal base fáctica ninguna infracción se ha producido, incurriendo así el recurso en el defecto de hacer supuesto de la cuestión. La tesis argumentativa del recurso se apoya en la afirmación de la intervención de la demandada en el contrato al que pertenece la cláusula litigiosa



por estar interesada en la subrogación que en el mismo se pactó, intervención negada por la Audiencia, tras la correspondiente valoración del *factum*.

A tales efectos se debe recordar que es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero y 41/2017, de 20 de enero; entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida, lo que en el presente caso no hace el recurrente al sostener la intervención de la entidad bancaria en el negocio jurídico cuestionado, intervención que presupone invocando su condición de "beneficiaria" de la novación subjetiva, y que contradice los hechos fijados en la instancia.

9.- Esta conclusión no puede verse alterada por lo dispuesto en el art. 1205 CC, cuya infracción denuncia el motivo, y que en los casos de subrogaciones hipotecarias por cambio de deudor hay que poner en relación con el art. 118 de la Ley Hipotecaria (LH).

Este precepto dispone, en su primer párrafo, lo siguiente:

"En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito".

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, por tanto, 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, 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, pues "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida", conforme al art. 1876 CC. Así resulta también de los arts. 126 LH y 685.1 LEC. Por tanto, la enajenación de la finca hipotecada no altera la posibilidad del ejercicio de la acción hipotecaria a través de la ejecución especial (art. 685 LEC), ni el rango registral propio de la hipoteca, ni las preferencias credituales, ni el tratamiento concursal del crédito garantizado, etc.

Por otro lado, el art. 118 LH contempla el pacto de subrogación del comprador en la obligación personal (préstamo en este caso) 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".

10.- Interpretando este precepto, la jurisprudencia de esta sala ha aclarado, como señalamos en la sentencia núm. 590/2015, de 5 de noviembre, que "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".

Pero esto no quiere decir que, como el consentimiento del acreedor es necesario para obtener dicha liberación del deudor originario, hay que presumir tal consentimiento ni entenderlo inmanente en el propio pacto de asunción de deuda o subrogación en la posición pasiva del deudor, como parece dar a entender el recurrente. Al contrario, en la misma sentencia de reciente cita hemos declarado, reiterando la anterior sentencia núm. 162/2007, de 8 de febrero, que "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".



11.- En tanto no medie dicho consentimiento del acreedor, la asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria originaria, en que consiste el pacto de subrogación en la obligación personal garantizada por la hipoteca, constituye "una asunción cumulativa de deuda", que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado (generando un vínculo de solidaridad entre los deudores, el originario y el sustituto).

12.- Por ello no se aprecia la infracción del art. 1205 CC denunciada, pues el pacto de subrogación en la obligación garantizada por la hipoteca, como forma de pago de parte del precio de la compraventa entre vendedor y comprador, no presupone ni determina por sí mismo la condición de parte en dicho contrato del acreedor hipotecario. Como declaramos en la sentencia núm. 552/2003, de 10 de junio, de 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)". Esta segunda posibilidad es obviada por el recurrente en su razonamiento. El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original, pero no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa.

13.- El alcance del consentimiento del acreedor, en el supuesto de que comparezca en el acto del otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria para formalizar su consentimiento liberatorio a los efectos del art. 1205 CC (supuesto de hecho que no es el de la presente litis), en cuanto no rebase esa mera finalidad liberatoria, será, en vía de principios, ajeno al resto de la regulación contractual de la compraventa, a la que es extraño el acreedor. La mera aprobación por el acreedor de la novación por cambio de deudor - asunción de deuda -, dentro del ámbito del art. 1205 CC, cuya vulneración se denuncia, no pasa de aquél efecto liberatorio o de expromisión del deudor original, sin presuponer por sí misma ningún otro cambio objetivo en las condiciones pactadas, ni en el préstamo inicial ni en la compraventa, cuyo pago se articula, total o parcialmente, mediante dicha subrogación.

14.- En el presente caso, según resulta del *factum* fijado en la instancia, el banco acreedor pactó con la promotora, en el marco de la financiación de la promoción, la preconcesión de la subrogación de los futuros compradores en el 80% del precio de la vivienda, y la formalización del consentimiento individualizado, en cada uno de los casos, tenía lugar tras la firma del correspondiente contrato de compraventa. Por tanto, una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipotecario, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquél no ha sido parte.

15.- Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de aquellos otros casos en que en el mismo otorgamiento de la escritura de compraventa con pacto de subrogación, comparezca el acreedor y se formalice una novación modificativa del propio contrato de préstamo hipotecario en que se subroga el comprador (por ampliación del capital y la garantía hipotecaria, modificación del plazo de amortización o de otras condiciones financieras). Supuesto en el que las cláusulas de imputación genérica de los gastos derivados del otorgamiento, incluidos los vinculados a la subrogación y novación pactada con intervención del acreedor, podrían ser cuestionadas en cuanto a su eventual falta de transparencia o abusividad en el marco de un procedimiento seguido contra el citado acreedor hipotecario, como sucedió en el caso resuelto por la sentencia de esta sala núm. 546/2019, de 16 de octubre.

16.- En conclusión, no deduciéndose de la relación jurídica controvertida la posición de la demandada por la que fue llamada al proceso, la declaración de falta de legitimación pasiva hecha por la Audiencia Provincial no ha vulnerado el art. 1205 CC.

CUARTO.- *Costas y depósito.*

1. Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

2. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Teodulfo y Dª. Diana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 28 de junio de 2017 (rollo 276/2017) que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Avilés de 2 de mayo de 2017.



2.º Imponer al recurrente las costas generadas con su recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ