

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA
DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LAS RECLAMACIONES
REALIZADAS POR CONSUMIDORES DERIVADAS DE UNA
COMPRVENTA CON SUBROGACIÓN HIPOTECARIA: ESPECIAL
REFERENCIA A LA DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

*CASE-LAW STUDY ON FINANCIAL ENTITIES CAPACITY TO BE SUED
IN CONSUMER CLAIMS ARISING FROM A DEED OF SALE WITH A
MORTGAGE SUBROGATION: SPECIAL REFERENCE TO THE NULLITY OF
THE EXPENSES CLAUSE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 966-979



Roberto
MARTÍN
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Los consumidores, adquirentes de bienes inmuebles mediante el otorgamiento de una escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, han llevado a cabo numerosas reclamaciones contra las entidades financieras prestamistas. Dichos consumidores han solicitado la nulidad de la cláusula que impone al adquirente todos los gastos consecuencia del otorgamiento mientras que las entidades financieras alegan que carecen de legitimación pasiva para soportar tal reclamación. Los pronunciamientos de los tribunales han sido dispares.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; subrogación hipotecaria; cláusulas abusivas; legitimación pasiva.

ABSTRACT: *Consumers, who acquired real estate through a deed of sale with a mortgage subrogation, have made numerous claims against the financial entities. They request the nullity of the clause that imposes upon them all the expenses cause by the notarial deed. Financial entities have alleged that they do not have the capacity to be sued. Courts decisions have been diverse.*

KEY WORDS: *Consumers; mortgage subrogation; unfair terms; capacity to be sued.*

SUMARIO.- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.- II. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA.- 1. Otorgamiento de la escritura sin intervención directa de la entidad financiera.- 2. Otorgamiento de la escritura con intervención directa de la entidad financiera.- III. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.- IV. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Mediante el presente trabajo se pretende llevar a cabo un análisis, desde una perspectiva jurisprudencial, de las numerosas resoluciones dictadas por nuestros tribunales como consecuencia de las reclamaciones efectuadas por consumidores contra las entidades financieras prestamistas con motivo de los gastos generados tras el otorgamiento de una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria. Y más concretamente, en lo referente a aquellos procedimientos judiciales en los que se insta la nulidad de la cláusula de gastos inserta en dicha escritura, con particular referencia a la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por las entidades financieras en tales procedimientos.

Ha sido y es una práctica habitual que, a la hora de adquirir un inmueble, el comprador¹ se subrogue en la hipoteca suscrita por el vendedor, el cual a menudo coincide con el promotor o constructor. Entre otras ventajas, resulta más económico para el adquirente que la suscripción de un nuevo préstamo hipotecario, dado que se evita el proceso de buscar una nueva entidad financiera que le facilite el préstamo con los gastos que ello conlleva, tanto en términos de tiempo, como económicos, por ejemplo, realizando una nueva tasación del inmueble². De la misma manera, ha sido también frecuente, que en dichas

- 1 A los efectos del presente trabajo, debe interpretarse que la referencia a comprador supone que ostenta, además, la condición de consumidor de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).
- 2 Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo estableció a través de las STS 44/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 102/2019), STS 46/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 101/2019), STS 47/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 103/2019), STS 48/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 104/2019), STS 49/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 105/2019) que los gastos derivados de la suscripción de un préstamo hipotecario deben ser abonados del siguiente modo: respecto a los gastos de notaría, esto es, las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo han de ser abonados por mitad entre consumidor y entidad prestamista, mientras que la de cancelación de la hipoteca correrá a cargo del prestatario. Las respectivas copias, serán abonadas por quien las haya solicitado; sobre los gastos derivados del Registro de la Propiedad en idénticos términos, serán abonados por el prestamista los derivados de la inscripción de la hipoteca, mientras que los de su cancelación serán abonados por el prestatario; los gastos de gestoría por ambos intervinientes a partes iguales. Esto se complementa con la modificación introducida por el Real Decreto-

• Roberto Martín López

Roberto Martín López doctorando en "Diritto dei consumi" en Università degli Studi di Perugia-Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra con premio extraordinario. Abogado. Correo electrónico: rober86@usal.es.

escrituras se haya introducido una cláusula en virtud de la cual se establezca que todos los gastos que se deriven de la misma sean a cargo de la parte compradora.

El debate gira en torno a si dicha cláusula comprende únicamente los gastos de la compraventa, o si, por el contrario, incluye también los gastos de la subrogación en el préstamo hipotecario, aspecto en el que necesariamente interviene la entidad financiera prestamista³, sin perjuicio del alcance y del momento en que se produzca dicha intervención.

En el ámbito práctico, los tribunales han tramitado un aluvión de demandas presentadas por parte de los consumidores. Recayendo el fundamento de tales reclamaciones en la existencia de una escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, en la que se ha insertado una cláusula que traslada la imposición de los gastos que se deriven de la misma a una única parte interviniente: el comprador. Formuladas dichas reclamaciones, cuyo objeto es la nulidad de la citada cláusula, las entidades financieras han esgrimido como argumento principal de su defensa, la excepción de falta de legitimación pasiva, argumentando que ha sido ajena al negocio jurídico de compraventa en el que se encuentra incardinada la cláusula cuya nulidad es objeto del pleito, añadiendo que dicha cláusula establece una obligación a cargo del «comprador» y no del «prestatario». Este escenario ha dado lugar a una discusión sobre la legitimación pasiva *ad causam*⁴ de dichas entidades financieras, y sobre el alcance de la cláusula de gastos establecida.

ley 17/2018, de 8 de noviembre el art. 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre establece que será sujeto pasivo del impuesto el prestamista. En lo referido a los gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca, estos serán asumidos por el consumidor prestatario en exclusiva, salvo acuerdo en contrario.

- 3 La subrogación, entendida como el cambio que se produce en una relación jurídica preexistente por la que una de las partes es sustituida por la otra, que se coloca en la misma situación y adquiere los derechos y obligaciones que le corresponden, se encuentra recogida en el art. 1205 Código Civil para cualquier tipo de deuda. Este precepto establece 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". Por tanto, es preciso que el acreedor consienta al nuevo deudor. Cuestión que, en cierto modo, resulta lógica, dado que el acreedor ha concedido la financiación con base a un estudio de solvencia del deudor y no resultaría aceptable obligar a dicho acreedor a admitir al nuevo deudor sin conocer su solvencia económica por el mero hecho de que deudor primitivo y nuevo deudor así lo acuerden. No obstante, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para el tema que nos ocupa, y en concreto, a su art. 118 que dispone, de la misma manera, que "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".
- 4 De conformidad con el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular", precepto que se complementa con la STS de 11 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 9282/2011) que dispone que "la legitimación pasiva *ad causam* [para el pleito] 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, 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, RC n.º 3109/1996, 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009). 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 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica

Son abundantes las sentencias dictadas por la denominada «jurisprudencia menor», sin embargo, debe tenerse en consideración que son distintos los escenarios que pueden plantearse. Por un lado, están aquellos supuestos en los que hay una mera novación subjetiva sin intervención de la entidad financiera, donde no hay discusión y las resoluciones son favorables a las entidades financieras. Por otro lado, están esos supuestos en los que se produce una novación subjetiva y objetiva donde los pronunciamientos son favorables a los consumidores. Y, finalmente, se encuentran aquellos casos en los que se produce la novación subjetiva con intervención directa de la entidad financiera y donde se han podido distinguir dos líneas: una favorable a los consumidores y otra a las entidades financieras, siendo la tendencia dominante, favorable a la postura defendida por los consumidores.

II. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA.

Son numerosos los supuestos en los que el consumidor adquirente de un inmueble acude al acto del otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario junto con el vendedor y los representantes de la entidad financiera, no obstante, también se han dado casos en los que estos últimos no han acudido a dicho otorgamiento. La intervención o no de la entidad financiera en el acto de la firma de la escritura, se ha configurado como un elemento a tener en consideración por los tribunales a la hora de decidir si la entidad financiera prestamista se encuentra legitimada pasivamente para asumir las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, aunque no es un aspecto determinante para la resolución de todos los supuestos.

I. Otorgamiento de la escritura sin intervención directa de la entidad financiera.

Una parte de los asuntos tramitados en los tribunales se refieren a supuestos en los que no se produce una intervención directa de la entidad financiera prestamista, lo que, en términos prácticos, supone que los únicos intervinientes que acuden al otorgamiento de la escritura pública son, por un lado, el consumidor en calidad de comprador, y por otro, el vendedor del inmueble hipotecado o deudor primitivo.

La no intervención de la entidad financiera puede tener su origen en diferentes causas. Así, aunque no cabe la subrogación sin la autorización del prestamista, esta puede producirse a través de distintas vías, ya sea por haber sido concedida en el préstamo inicial, con su intervención en el negocio concreto de subrogación, o simplemente limitándose a no efectuar oposición al pacto de subrogación entre el prestatario primitivo y el nuevo subrogado pues se admite la aceptación

concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente”.

tácita⁵. Es factible, por tanto, que con carácter previo a la subrogación se otorgue el consentimiento, por ejemplo, si el comprador realiza la solicitud a la entidad financiera y esta responde dando su consentimiento autorizando la subrogación, o que exista un acuerdo entre vendedor y entidad financiera en virtud del cual se haya preconcedido la subrogación a aquellos compradores que cumplan unos requisitos, como que hayan abonado al promotor un porcentaje del precio del inmueble. Nada obsta tampoco a que una vez firmada la compraventa, entidad financiera y comprador formalicen un consentimiento individualizado para la subrogación.

En aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario sin la intervención directa de la entidad financiera prestamista, la jurisprudencia sigue una línea clara. No hay discusión al respecto. La excepción de falta de legitimación pasiva es estimada de forma que, para que así sea, resulta elemental que la intervención en el acto del otorgamiento de la escritura se refiera única y exclusivamente a comprador y prestatario originario. De esta manera emerge el elemento diferenciador que permite estimar dicha excepción, y que se concreta en la no intervención de la entidad financiera. No obstante, como se expone más adelante, existen posturas que estiman dicha excepción incluso en supuestos que se produce la intervención directa de la entidad financiera.

Son muchas las sentencias que han sostenido que existe una falta de legitimación pasiva de la entidad financiera en aquellos casos en los que la cláusula objeto de nulidad se refiere a la distribución interna de los gastos entre las partes intervinientes en el contrato de compraventa. Si la entidad financiera, contra la que se dirige la demanda, no ha sido parte en el contrato en el que se encuentra inserta la cláusula litigiosa cuya nulidad se solicita, no cabe hablar de que esté legitimada pasivamente. Al respecto, la SAP Las Palmas 14 enero 2019⁶ dispone que “no puede declararse la nulidad de un contrato sin intervención de los que en él han sido parte, en nuestro caso las promotoras vendedoras ni frente a sujetos que ni ha sido parte ni afectados -directamente- en el mismo”, refiriéndose a la entidad financiera en este último caso; la SAP Huelva 11 julio 2018⁷, en el mismo sentido, “la entidad demandada carece de modo patente de legitimación pasiva, al no haber sido partícipe en la elaboración y en la firma del instrumento notarial en que se inserta la cláusula de imputación de gastos”; o la SAP Madrid 3 abril 2020⁸ “es evidente que la entidad financiera demandada no tiene legitimación pasiva en

5 SAP Sevilla 12 abril 2019 (ROJ: SAP SE 851/2019).

6 SAP Las Palmas 12 enero 2019 (ROJ: SAP GC 176/2019).

7 SAP Huelva 11 julio 2018 (ROJ: SAP H 574/2018).

8 SAP Madrid 3 abril 2020 (ROJ: SAP M 3435/2020).

el procedimiento, al no ser parte en la escritura de compraventa acompañada a la demanda”.

Recientemente, la STS de 15 de junio de 2020⁹, y prácticamente en los mismos términos, la STS de 17 de junio de 2020¹⁰, ambas del ponente Juan María Díaz Fraile, han reafirmado la tesis sostenida por las entidades financieras para estos supuestos concretos en los que no se produce intervención directa de la entidad financiera prestamista. Sin embargo, se han introducido ciertos matices que evitan que se cierre de forma definitiva la posibilidad del consumidor de realizar este tipo de reclamaciones. Ambas sentencias establecen que “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”, excluyéndose así la posibilidad de dirigirse a quien no ha intervenido.

Si lo que se solicita es la declaración de una cláusula predispuesta en el contrato por parte del empresario, por su abusividad en perjuicio del consumidor, la legitimación pasiva corresponde sin ningún género de duda al empresario predisponente. Es este quien debe asumir las consecuencias de la eliminación de dicha cláusula, estando obligado a colocar al consumidor en la posición que tendría si dicha cláusula no se hubiera insertado en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato¹¹. Por lo que, si la entidad financiera demandada no intervino, ni de forma directa ni indirecta, no es el empresario que dispuso la cláusula, y por tanto carece de legitimación pasiva¹².

En todo caso, quien introdujo la cláusula sería el vendedor, que no siempre ha de tener la consideración de empresario, dado que cabe la subrogación de consumidor a consumidor. Así ocurre en el supuesto que resuelve la SAP Burgos 17 mayo 2018¹³ referida a una disolución de condominio con subrogación en el préstamo hipotecario sin modificaciones objetivas y en la que la escritura es otorgada por los dos propietarios de la finca, teniendo ambos la consideración de consumidores, y todo ello sin intervención de la entidad financiera acreedora¹⁴.

9 STS de 15 de junio de 2020 (ROJ: 2172/2020).

10 STS de 17 de junio de 2020 (ROJ: STS 1980/2020).

11 Art. 82 TRLGDCU.

12 SAP A Coruña 4 junio 2020 (ROJ: SAP C 1093/2020).

13 SAP Burgos 17 mayo 2018 (ROJ: SAP BU 448/2018).

14 La citada sentencia sostiene que “el banco carece de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos de tal escritura, pues no ha intervenido en su otorgamiento, no es parte

En este caso, también, es estimada la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la entidad financiera.

Por tanto, debe descartarse la legitimación pasiva de las entidades financieras en aquellos supuestos en los que exista una novación subjetiva, un simple cambio de deudor, si no ha habido intervención de la entidad en el acto del otorgamiento de la escritura pública.

2. Otorgamiento de la escritura con intervención directa de la entidad financiera.

La cuestión se vuelve controvertida cuando tiene lugar una intervención directa de la entidad financiera a fin de prestar su consentimiento a la subrogación en el acto del otorgamiento a los meros efectos liberatorios previstos en el art. 1205 CC. Es decir, se produce la intervención de la entidad prestataria para dar su aprobación a la novación subjetiva y cuya consecuencia inmediata para ella es la aparición de un nuevo deudor que libera al deudor primitivo. La aprobación por parte del acreedor para la novación por cambio de deudor no va más allá del efecto liberatorio o de expromisión, lo que no implica un cambio objetivo de las condiciones pactadas en el préstamo inicial que se trata de un supuesto que se analizará más adelante.

En este punto, la cuestión no es pacífica, las distintas Audiencias Provinciales que han abordado el tema se muestran divididas con respecto al alcance de la legitimación pasiva de las entidades financieras, y es posible encontrar pronunciamientos favorables tanto a estas como a los consumidores, si bien es cierto que la línea mayoritaria es partidaria de la postura de estos últimos.

Aquellas que se muestran partidarias de apoyar la reclamación del consumidor estimando que la entidad financiera está legitimada pasivamente se basan en un conjunto de criterios que motivan su decisión, entre los que destacan, el interés de la entidad financiera en la inclusión de la cláusula, la intervención de esta en la redacción o si los gastos reclamados se refieren a la novación en sentido subjetivo o la modificación de las condiciones del préstamo.

El consumidor al momento de intervenir en una escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria se encuentra ante una escritura cuyo contenido debe calificarse como complejo. Hay una incorporación de dos relaciones contractuales, la compraventa a la que es ajena la entidad prestamista, y la subrogación en la que necesariamente hay una aceptación por parte de dicha entidad lo que hace

en la misma, y no ha predispuerto ni impuesto tal cláusula, siendo los otorgantes partes de la escritura los dos condueños, ambos consumidores, por lo cual no cabe hablar de abusividad que exige un contrato entre un profesional y un consumidor”.

indudable su intervención e interés¹⁵. No obstante, hay resoluciones que no consideran que pueda haber interés de la entidad financiera, con fundamento en que la novación subjetiva, *a priori*, no reporta beneficio alguno¹⁶.

Se sostiene, además, que la entidad financiera demandada está legitimada pasivamente para soportar la acción de nulidad tomando en consideración el hecho de que esta prestó su consentimiento a la subrogación y en consecuencia lo hizo también a la cláusula litigiosa, la cual tiene un contenido que le beneficia puesto que todos los gastos que se generan pasan a ser de cuenta del prestatario¹⁷. Incluso, se ha resuelto que la intervención de la entidad financiera en el otorgamiento de la escritura la convierte en predisponente de la cláusula de gastos cuya nulidad se reclama, dado que le permite obtener un beneficio y le exime de soportar los gastos devengados por la subrogación en perjuicio del consumidor¹⁸.

Por otro lado, se encuentran aquellas que estiman la excepción de falta de legitimación pasiva a pesar de que se produzca intervención de la entidad financiera en el acto del otorgamiento de la escritura. Entre los argumentos esgrimidos se encuentra que la entidad financiera es ajena al negocio de la compraventa, y, por tanto, la abusividad de las cláusulas que imponen al comprador los gastos e impuestos consecuencia de la escritura compraventa deben ser resueltos entre este y el vendedor; la entidad financiera se limitará a otorgar su consentimiento a la subrogación en el préstamo¹⁹.

En el mismo sentido, se han pronunciado otras Audiencias Provinciales al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad financiera por entender que deben tenerse en consideración los términos expuestos en la escritura, de los cuales se desprende que la cláusula de gastos se refiere únicamente a la compraventa, y no al préstamo, en la que la entidad financiera no intervino²⁰. Y ello por el hecho de que la cláusula se refiere a parte vendedora y compradora, no a parte prestataria. Además, se hace referencia al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana que es propio de la compraventa, lo que da lugar a que la única conclusión posible sea que la entidad financiera no intervino en la predisposición de la cláusula objeto del litigio.

15 SAP Cuenca 18 diciembre 2018 (ROJ: SAP CU 512/2018).

16 SAP Asturias, sede Oviedo, 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

17 SAP Ciudad Real 2 diciembre 2019 (ROJ: SAP CR 1389/2019).

18 SAP Albacete 1 julio 2020 (ROJ: SAP AB 530/2020), además, se añade por la Sala que las sentencias citadas por el juzgador *a quo* difieren del asunto objeto del recurso en que la entidad financiera no compareció al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación careciendo, en consecuencia, de legitimación pasiva, cuestión que ha sido analizada anteriormente.

19 SAP León 28 febrero 2019 (ROJ: SAP LE 193/2019).

20 SAP Oviedo de 25 septiembre 2018 (ROJ: SAP O 2830/2018).

También se ha desestimado la reclamación formulada por el consumidor, argumentando que la cláusula de gastos cuya nulidad se pretende se refiere únicamente a la compraventa, mientras que lo referente a la subrogación del préstamo hipotecario se ha acordado en una cláusula diferente de la misma escritura; por tanto, se concluye que la entidad financiera carece de legitimación pasiva para hacer frente a una eventual nulidad de la cláusula de gastos²¹.

Del mismo modo no se ha estimado que la entidad financiera esté legitimada pasivamente con motivo de que el objeto de la demanda es la cláusula de gasto de la escritura de compraventa con subrogación, y no de un préstamo hipotecario²². Los otorgantes de la escritura son la parte compradora y la vendedora, siendo estos los que negocian el contrato de compraventa. Bien es cierto que nada obsta para que pueda haber otros intervinientes, en este caso la entidad financiera, pero también podría serlo un garante o, en definitiva, sujetos que no tienen la condición de otorgantes, y que por tanto no pactan las condiciones del contrato más allá de aquellos términos a los que se refiera su intervención.

III. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.

La situación se torna diferente en aquellos casos en los que la subrogación no se limita a un mero cambio de deudor, sino que además se lleva a cabo una novación en lo que a las condiciones del préstamo hipotecario se refiere. El aspecto fundamental es que, además de la subrogación, se produce una novación de las estipulaciones del contrato lo que determina que la entidad prestamista se encuentre legitimada pasivamente²³. Se resuelve en base al interés de la prestamista cuando se produce la novación de las condiciones del préstamo hipotecario lo que hace que ostente legitimación para soportar la acción entablada contra ella, no así, si únicamente se produce su intervención al objeto de prestar su consentimiento para la subrogación en el ámbito subjetivo²⁴ como ya se ha analizado.

Uno de los principales argumentos empleados por las Audiencias Provinciales que han mantenido esta postura, es el beneficio que se deriva para la entidad financiera prestamista como consecuencia del establecimiento de cláusula de gastos discutida. Se ha motivado la legitimación pasiva de la entidad prestamista en base a que fue parte interesada puesto que junto a la subrogación en el préstamo hipotecario se llevó a cabo una ampliación de este, por lo que se benefició de la cláusula de gastos²⁵. En el mismo sentido, se añade que para la determinación de la legitimación pasiva de la entidad financiera habrá de acogerse a criterios como

21 SAP Badajoz de 1 de marzo de 2018 (ROJ: SAP BA 138/2018).

22 SAP Cáceres 18 septiembre 2019 (ROJ: SAP CC 870/2020).

23 SAP Islas Baleares 22 mayo 2020 (SAP: IB 920/2020).

24 SAP Asturias, sede Oviedo, 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

25 SAP Zaragoza 20 mayo 2020 (ROJ: SAP Z 706/2020).

la intervención de dicha entidad financiera en la redacción de la cláusula o si los gastos reclamados son propios de la novación o de la modificación del préstamo²⁶.

No debe obviarse que tanto la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario constituido por el vendedor como la modificación de este son negocios jurídicos diferentes desde una óptica formal²⁷. No obstante, ambos son integrantes de una operación conjunta en la que intervienen el consumidor prestatario y la entidad financiera prestamista que con carácter previo a modificar las condiciones del préstamo intervienen a fin de dar su consentimiento para la subrogación.

Algunas sentencias van más allá y fundamentan la legitimación pasiva de la entidad prestamista no sólo en su intervención para consentir la novación subjetiva y objetiva del contrato, sino también en su interés en que se proceda a la inscripción en el Registro de la Propiedad²⁸. La conclusión es que la imposición de los gastos derivados de la subrogación (no los gastos que se derivan de la compraventa, donde la entidad prestamista no interviene ya que es otro negocio a pesar de ser recogido en la misma escritura), no pueden ser tratados de un modo diferente al de la imposición de gastos cuando se trata una escritura de préstamo hipotecario.

Por otra parte, en la escritura de subrogación con modificación de las condiciones del préstamo hipotecario originario, la entidad financiera no sólo se limita a autorizar la subrogación, sino que, además, interviene activamente desde un aspecto negociador al acordar con el consumidor adquirente la modificación de las condiciones del préstamo por lo que es parte en el otorgamiento de la escritura, lo que la legitima pasivamente²⁹.

De modo que la jurisprudencia es unánime en lo referido a este tipo supuestos en los que la subrogación tiene tanto carácter subjetivo como objetivo, más aún con los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y las ya citadas STS de 15 de junio de 2020³⁰ y STS de 17 de junio de 2020³¹. Ambas acogen la posibilidad de que el consumidor reclame la nulidad de la cláusula de gastos en aquellos supuestos en los que la entidad financiera acreedora comparezca al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, siempre que, además, se lleve a cabo una novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario en el que el comprador se subroga, ya sea por una ampliación del capital, la modificación de plazos de amortización o de cualquier otra condición financiera.

26 SAP Soria 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

27 SAP Valladolid 4 julio 2019 (ROJ: SAP VA 960/2019).

28 SAP Lleida 23 julio 2019 (ROJ: SAP L 567/2020).

29 SAP Soria 20 julio 2020 (ROJ: SAP SO 128/2020).

30 STS de 15 de junio de 2020 (ROJ: 2172/2020).

31 STS de 17 de junio de 2020 (ROJ: STS 1980/2020).

Dicha novación debe ser de carácter objetivo, dejando de lado la posibilidad de una novación subjetiva analizada anteriormente, pues la subrogación trae consigo irremediabilmente el cambio de deudor. Al respecto se hace referencia en este punto a la STS de 16 de octubre de 2019³² en la que se aborda la nulidad de la cláusula de gastos de una escritura de compraventa con subrogación y ampliación de hipoteca.

IV. CONCLUSIONES.

A través de los distintos pronunciamientos expuestos, se ha tratado de dirimir si las entidades financieras están legitimadas pasivamente para soportar la acción, iniciada por el consumidor, mediante la que se pretende declarar la nulidad por abusividad de la cláusula que impone el pago de todos los gastos derivados de la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor y no directamente mediante la suscripción de un préstamo hipotecario con la entidad demandada.

Cabe distinguir que existe una clara línea jurisprudencial partidaria de estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de las entidades financieras en aquellos supuestos en los que esta no comparece al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación.

Por otro lado, existe otra línea clara a favor de los consumidores que desestima la excepción de falta de legitimación pasiva en aquellos casos en los que además de la compraventa y subrogación se produce una novación de carácter objetivo.

La disparidad de criterios se encuentra en aquellos supuestos en los que la entidad financiera interviene en el acto del otorgamiento a los meros efectos de prestar su consentimiento a la subrogación, aquí es posible encontrar posturas favorables a los consumidores y otra a favor de las entidades financieras, siendo esta la línea minoritaria.

Obviamente, que la entidad financiera esté legitimada pasivamente no supone que la cláusula inserta en la escritura cuya nulidad se reclama deba ser declarada nula automáticamente, sino que habrá que ver si dicha cláusula cumple los requisitos para que así sea.

A la luz de lo expuesto, queda patente que la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario “constituye un todo inescindible”³³, se trata de una única escritura que comprende tanto la compraventa como la subrogación. Por este motivo, los gastos derivados de dicha escritura deben alcanzar a ambos

32 STS de 16 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3221/2019).

33 SAP Ciudad Real de 2 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP CR 1389/2019).

negocios jurídicos, puntualizando que la entidad financiera será ajena a los gastos relativos a la compraventa, mientras que no debería ser así en lo que respecta a los gastos por la subrogación, como se ha indicado, no resultaría procedente darle un tratamiento distinto al de la imposición de gastos derivado una escritura de préstamo hipotecario.

En consecuencia, en aquellos supuestos de intervención de la entidad financiera en el acto del otorgamiento a los meros efectos de dar su consentimiento a la subrogación en sentido subjetivo, la solución adecuada a la controversia suscitada en opinión de este autor sería que una vez que el consumidor ha determinado que se ha producido la intervención de la entidad financiera en el otorgamiento de la escritura y ha desglosado los gastos correspondientes a la compraventa y los relativos a la subrogación, su *modus operandi* consistiría en efectuar una reclamación contra la entidad financiera solicitando la nulidad de la cláusula de gastos y la devolución de aquellos relativos a la subrogación de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo a partir de las citadas sentencias del Pleno de 23 de enero de 2019.

