

**¿ASUNCIÓN DE DEUDA VS SUBROGACIÓN HIPOTECARIA? SOBRE QUÉ
PROHÍBE EXACTAMENTE EL ART. 89.3 B) TRLGDCU EN LAS
COMPRAVENTAS DE VIVIENDA***

(STS, Sala 1ª, 192/2020, de 25 mayo)

Encarna Cordero Lobato**
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 6 de julio de 2020

La sentencia anotada contiene una desconcertante argumentación sobre la validez de cláusulas de asunción de deuda hipotecaria en la compraventa de viviendas. En todo caso, la cláusula cuestionada era válida porque la asunción pactada era facultativa y no obligatoria para el consumidor.

La consumidora demandante, inmersa en un procedimiento de ejecución hipotecaria, interpuso demanda de juicio ordinario en la que solicitó la nulidad por abusivas de las cláusulas del contrato de compraventa relativas al pago, a la resolución por impago, a la cláusula penal por impago, a los intereses de demora y al pago de gastos e impuestos. También solicitó la resolución del contrato de compraventa -sin que en la sentencia consten los argumentos legales que sostenían esta acción-, con devolución de la parte del

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” que dirijo con el profesor por Ángel Carrasco Perera; en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1234-3169>



precio abonada, más los intereses correspondientes, así como la indemnización de los gastos de notaría, impuesto, registro y gestión incurridos en la compraventa con subrogación hipotecaria. Finalmente, demandó la nulidad de la subrogación hipotecaria y la condena de la entidad acreedora a restituir las cantidades abonadas por la demandante en concepto de amortización de préstamo, subrogación y novación, más los intereses legales, así como los daños y perjuicios derivados de la ejecución hipotecaria.

El interés de la sentencia anotada reside en la interpretación que el TS hace del art. 89.3 b) TRLGDCU, que constituye el único punto discutido en casación tras la firmeza de los pronunciamientos desestimatorios del resto de las pretensiones.

En lo que ahora importa, el contrato privado de venta, celebrado antes de la entrada en vigor del TRLGDCU, tenía el siguiente tenor: el resto del precio convenido se pagará *“mediante la subrogación en el préstamo hipotecario, si se obtiene, asignado a esa vivienda y concedido a la promotora, o mediante su pago en metálico, previa cancelación de aquél a cargo de la parte compradora, todo ello, por pacto expreso entre las partes, y en cualquier caso a la entrega de la vivienda...”*.

En la escritura pública de compraventa, firmada bajo la vigencia del TRLGDCU, la cláusula tuvo el siguiente tenor:

“la parte compradora asume con responsabilidad solidaria, en su caso, la obligación personal garantizada con la hipoteca constituida sobre las fincas que adquiere a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja y, en consecuencia:

“Se subroga, sin novación, en condición jurídica del deudor, por lo que a dicho préstamo se refiere, como único obligado frente a dicha entidad, tanto por el capital adeudado, como por los intereses y comisiones que se devenguen desde el día de hoy.

“Se compromete al pago de todos los gastos que en su día ocasione la escritura de carta de pago y cancelación de dicha hipoteca. [...]

“Por último, libera de la obligación personal a la entidad vendedora, así como de cualquier otra causa derivada del aludido préstamo hipotecario, si la entidad acreedora consintiese y aceptase conforme a lo establecido en el artículo 118 de la vigente Ley Hipotecaria”.

La demanda fue totalmente desestimada en ambas instancias porque, entre otros argumentos, ambos juzgadores consideraron que, conforme al contrato, la compradora podía escoger una financiación hipotecaria alternativa, por lo que las mismas no infringían el art. 89.3 b) TRLGDCU.



El TS también va a desestimar el recurso, pero por una razón muy distinta: entiende que en la cláusula de la escritura (única que, por razones temporales, pudo contravenir el precepto cuya infracción se denunciaba) *“no se incorporó... la obligación de pago de los gastos de cancelación para el caso de no subrogación. Lo que se pactó como forma de pago de parte del precio, fue la asunción de la deuda derivada del préstamo hipotecario formalizado por el vendedor, en la parte correspondiente a las fincas vendidas, subrogándose el comprador en las obligaciones de aquél. Junto con ello se pactó la liberación de la obligación personal de la entidad vendedora derivada del citado préstamo, si bien dicha liberación quedaba condicionada a la obtención del previo consentimiento de la entidad acreedora, según establece el art. 118 LH, al que las partes se remitían expresamente. Se trata de un pacto sobre la forma de pago del precio de la compraventa mediante la asunción de la deuda del préstamo y la subrogación en la carga hipotecaria, que está, por tanto, expresamente previsto en la ley, y en el que, además, tampoco cabe apreciar vulneración del art. 89.3.b) TRLGDCU al no corresponder al supuesto de hecho previsto en esta norma.*

La sentencia nos parece correcta por su resultado, pues la subrogación del consumidor en la hipoteca accesoria que se pactó en la escritura cristalizaba el ejercicio de la facultad (que no obligación) de subrogarse contenida en el documento privado de venta, y al no haber sido impuesta la subrogación del consumidor, no podía ser reputada nula la cláusula conforme al art. 89.3 b) TRLGDCU (cfr., en parecidos términos, la legislación anterior¹). Pero la argumentación utilizada en la sentencia anotada nos plantea bastantes dudas sobre cuál sea la conducta prohibida por el art. 89.3 b) TRLGDCU: en lo que afecta a la parte del precepto que ahora importa, ¿quiere decir el TS que solo puede ser supuesto de hecho del art. 89.3 b) TRLGDCU aquella cláusula en la que el consumidor esté obligado a “subrogarse en la hipoteca”, y que, por tanto, la norma no se aplica cuando se obliga a asumir la deuda garantizada, aunque tal asunción produzca el efecto de una “subrogación en la hipoteca”? O como resulta que el art. 118 LH se refiere a la subrogación en la responsabilidad hipotecaria y, además, a la subrogación en la obligación personal garantizada, ¿lo que quiere decir el TS es que la cláusula que obligase al consumidor a subrogarse en la obligación personal no comportaría tampoco infracción del art. 89.3 b) TRLGDCU?

¹ Conforme a la disp. adic. 1ª V núm. 22 b) de la LGDCU derogada, es abusiva “(l)a estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. En parecido sentido, su precedente, el art. 10.1 c) 11ª, también derogado, determinaba la nulidad de la cláusula que, “(en) En la primera venta de viviendas” establecía que “el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”.



Aunque el tenor literal del art. 89.3 b) TRLGDCU impide que el consumidor se obligue a “subrogarse en la hipoteca”, creemos que lo que *el precepto prohíbe es cualquier pacto que tenga como efecto que el consumidor que compra una vivienda tenga que subrogarse obligatoriamente en la deuda hipotecaria que concertó el vendedor*. Y es que la “subrogación en la hipoteca” no es un contrato, sino el efecto que, por el principio de accesoriedad de las garantías (cfr. arts. 1857 CC), producen aquellos acuerdos en virtud de los cuales el comprador se obliga a pagar la deuda del vendedor hipotecante como nuevo deudor (previa aceptación del acreedor), como sucede en la asunción de deuda, sea cumulativa o liberatoria (que es la que contempla el art. 118 LH). Es más, dado que la prohibición de una subrogación obligatoria para el consumidor es una concreción de la regla que prohíbe la imposición al consumidor de los gastos que legalmente correspondan al empresario (del art. 89.3 TRLGDCU), *tampoco sería aceptable el pacto en virtud del cual el consumidor que adquiere la vivienda no asume la deuda, pero sí se obliga frente al vendedor a salir fiador de la deuda garantizada, o se obliga a pagarla a través de una estipulación a favor del acreedor hipotecario* (cfr. art. 1257.II CC), *o como delegatario de pago al acreedor hipotecario* (sea delegación solutoria o promisoria). Finalmente, atendido nuevamente el tenor de la regla general del art. 89.3 TRLGDCU, *sería también abusiva la cláusula por la que el comprador debiera pagar los gastos de financiación (también de cancelación) que correspondan al empresario*, aunque no se obligase a asumir ni afianzar la deuda garantizada, ni se obligase a prometer pagarla (delegación promisoria), ni se obligase tampoco a pagarla efectivamente como delegatario (delegación solutoria), o como promitente de pago al tercero acreedor (art. 1257.II CC).

Por último, pese a la impropiedad de la expresión legal, lo prohibido no es la subrogación en la responsabilidad hipotecaria, pues es evidente que el consumidor puede comprar la finca gravada y no subrogarse en la deuda, caso raro en la práctica, pero en el que el consumidor adquirente soportaría la hipoteca con la condición de tercer poseedor de finca hipotecada, sin ninguna obligación de pago relacionada con los gastos de financiación y con disfrute de todos los derechos establecidos a favor de este tercero (cfr., entre otros, los arts. 112, 113 y 114 LH), incluso aunque fuera un comprador con descuento o retención del importe de la obligación garantizada (como prevé el art. 118.II LH).