



Roj: **STS 423/2026 - ECLI:ES:TS:2026:423**

Id Cendoj: **28079110012026100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2026**

Nº de Recurso: **1218/2019**

Nº de Resolución: **161/2026**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAQUEL BLAZQUEZ MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 161/2026

Fecha de sentencia: 04/02/2026

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1218/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2025

Ponente: Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA, SECCIÓN TERCERA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: RCS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1218/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 161/2026

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D.^a Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 4 de febrero de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Jesús Carlos y D.^a Debora contra la sentencia 584/2018, de 14 de diciembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada en el

recurso de apelación 735/2018, derivado del juicio ordinario 417/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, sobre nulidad por no incorporación de cláusulas contractuales.

La parte recurrente ha estado representada por la procuradora D.^a Julia Domingo Santos y ha actuado bajo la dirección letrada de D. José Manuel Aguayo Pozo.

Es parte recurrida Unicaja Banco S.A.U., representado por la procuradora D.^a Josefa Hidalgo Osuna y bajo la dirección letrada de D. Diego Castro Pardo y D.^a Lourdes Melero Gómez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.La procuradora D.^a Julia Domingo Santos, en nombre y representación de D. Jesús Carlos y D.^a Debora , interpuso demanda de juicio ordinario contra Unicaja Banco S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1º. Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la nulidad de pleno derecho de la CLAUSULA FINANCIERA TERCERA BIS, APARTADOS B Y C de la escritura de fecha 29 de febrero de 2000, (protocolo 506 del Notario Juan Bermudez Serrano) en la que se subrogó la parte actora en virtud de escritura de fecha 21 de noviembre de 2003, (protocolo 3644 del Notario Juan Bermudez Serrano) novada por otra de fecha 13 de enero de 2004, (protocolo 48 del Notario Don Jose Ignacio Suarez Pinilla), novada por otra de fecha 21 de Diciembre de 2005 (protocolo 3058 del Notario Jose Ignacio Suárez Pinilla), declarando no incorporados al préstamo convenido con la parte actora, dichas clausula en sus apartados B y C, por lo que deberá tenerse por no puesta; con condena a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, absteniendo se de aplicar dicha clausula en el futuro, manteniendo su vigencia el contrato con las restantes.

»2º. Se condene a UNICAJA BANCO S.A. a devolver a la demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre el índice de referencia **IRPH** de la clase que se haya aplicado en virtud de la clausula declarada nula, desde el 21 de noviembre de 2003, con sus intereses legales desde la fecha del respectivo cobro de dichos intereses.

»Todo ello con expresa condena en costas [...].».

2.La demanda fue presentada 3 de abril de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, fue registrada como juicio ordinario 417/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.La procuradora D.^a Josefa Hidalgo Osuna, en representación de Unicaja Banco S.A., contestó a la demanda, en el sentido de solicitar su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, dictó la sentencia 74/2018, de 14 de mayo, cuyo fallo dispone:

«Desestimando la demanda presentada por D. Jesús Carlos Y D.^a Debora , representados por la Procuradora Dña. Julia Domingo Santos, contra UNICAJA BANCO SA, debo absolver y absuelvo a la demanda de los pedimentos ejercitados en su contra, con expresa condena en costas de la demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jesús Carlos y D.^a Debora . La demandada se opuso al recurso.

2.La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número 735/2018, y tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia 584/2018, de 14 de diciembre, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Carlos y D.^a Debora y confirmamos la Sentencia de 14 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granada en los autos 417/2017 con pérdida del depósito constituido para recurrir».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.La procuradora D.^a Julia Domingo Santos, en representación de D. Jesús Carlos y D.^a Debora , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal se introdujo con el siguiente encabezamiento:

«MOTIVO PRIMERO: El motivo primero de infracción procesal se invoca al amparo del motivo tercero del artículo 469.1. de la LEC, por infracción del artículo 217 de la LEC al haberse invertido la carga de la prueba, e infracción del artículo 217.7 de la LEC al no haber tenido en cuenta la disponibilidad probatoria de las partes en el litigio».

El recurso de casación cuenta con dos motivos que se introducen con los encabezamientos siguientes:

«MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 477.2. 3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC, por infracción del artículo 5 y 7 de Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación, por infracción del artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y estar en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencia 241/2013, de 9 de Mayo, Sentencia 171/2017, de 9 de marzo y Sentencia 367/2017, de 8 de Junio».

«MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC, por infracción del artículo 80.1 del TRLGDCU, en contradicción de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en sentencia 241/2013, de 9 de Mayo, Sentencia 464/2014 de 8 de septiembre, Sentencia 643/2017, de 24 de marzo, Sentencia 24/2018, de 17 de enero, Sentencia 42/2018 de 26 de enero y Sentencia 517/2018 de 20 de septiembre».

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 y personadas las partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, se dictó auto el 1 de diciembre de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

3.Unicaja Banco S.A.U. se opuso al recurso.

4.Con carácter previo a señalar la votación y fallo del presente recurso, por providencia de fecha 19 de septiembre de 2023 se concedió un plazo de diez días a las partes para realizar alegaciones sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22). Las partes no formularon alegaciones.

5.Por providencia de 20 de noviembre de 2025 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de diciembre de 2025, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes para la resolución de los recursos

Son antecedentes de interés para resolver los recursos, admitidos por las partes o acreditados por la prueba practicada, según resulta de las actuaciones de primera y de segunda instancia, los siguientes:

1.D. Jesús Carlos y D.ª Debora suscribieron el 21 de noviembre de 2003 un contrato de compraventa, con subrogación en un préstamo hipotecario al promotor, que se documentó mediante escritura pública otorgada ante el notario D. Juan Bermúdez Serrano y en la que intervino como parte vendedora la promotora Construcciones Govi S.L. El objeto de la compraventa fue una vivienda unifamiliar sita en la DIRECCION000 , de nueva apertura, de la localidad de Peligros (Granada).

Dicha vivienda estaba gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Ronda, Almería, Málaga y Antequera, hoy Unicaja Banco S.A.U., que conllevaba una responsabilidad hipotecaria de 69.980 euros por principal, intereses ordinarios de una anualidad al 21%, intereses de demora de dos anualidades al 25% y un porcentaje de dicho principal (20%) para costas y gastos. En la escritura de compraventa no intervino la entidad bancaria acreedora de la referida carga hipotecaria.

2.La información que consta en la escritura pública de compraventa sobre la carga hipotecaria en cuestión, que derivaba del préstamo al promotor, se limitó a la fecha y forma de constitución -la escritura pública otorgada ante el mismo notario el 23 de febrero de 2020 bajo el número 506 de protocolo-, al plazo de duración -estipulado en veintiocho años, de los cuales los tres primeros serían de carencia, de modo que se abonarían únicamente los intereses devengados de las cantidades dispuestas- y a la amortización durante los 25 años siguientes mediante el pago de 300 cuotas, con periodicidad mensual, comprensivas de capital e intereses. No se incluyó ninguna referencia ni mención al tipo de interés establecido en el préstamo al promotor. No obstante, sí se indicó que las cuotas se fijarían de modo que la cantidad a pagar aumentaría cada año en un 2% al margen de la variación al alza o a la baja que pudieran experimentar como consecuencia de la revisión del tipo de interés aplicable.

3.El precio de la compraventa fue de 83.528,66 euros, del que una parte (9.548,79 euros) se había abonado con anterioridad al otorgamiento de la escritura. Otros 3.998,93 euros se abonaron a la firma de la misma y el resto de la suma total del precio (69.980,94 euros) fue retenido por la parte compradora «para hacerla efectiva a la entidad acreedora en la forma y plazos convenidos en la escritura mediante la que se constituyó [la hipoteca] cuyo íntegro contenido declara conocer y acepta».

Además, la parte compradora se subrogó «solidariamente sin novación en todas las obligaciones contraídas por la parte vendedora con la entidad acreedora, asumiendo la deuda y solicitando de esta [en referencia a la acreedora hipotecaria] libre de cuantas responsabilidades traigan causa de este préstamo a la vendedora, todo ello de conformidad con la repetida escritura de hipoteca».

4.En la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo al promotor no tuvo ninguna intervención Unicaja, aunque es un hecho no controvertido que aceptó la subrogación, y que tal aceptación tuvo lugar antes de la firma de la escritura de compraventa, porque en otro caso el otorgamiento de dicha escritura se revelaría como inviable.

En efecto, la promotora no se avendría a vender sin tener la certeza de que cobraría la parte principal del precio mediante la liberación de la parte de la responsabilidad hipotecaria que correspondía a la vivienda en cuestión, según el pacto de distribución establecido en el préstamo al promotor entre todas las viviendas que formaban parte del proceso constructivo.

Por otro lado, las preguntas dirigidas por la abogada de Unicaja al demandante en la prueba de interrogatorio de parte se formularon sobre el hecho no controvertido de que antes de la compraventa la entidad bancaria había aceptado la subrogación. El demandante, de cuya declaración se desprende que antes de la compraventa le había sido efectivamente concedida la subrogación en el préstamo al promotor, manifestó, como recoge la sentencia de primera instancia, que el director de la sucursal le indicó que las cuotas podían sufrir pequeñas variaciones equivalentes a la elevación de los precios «por el nivel de vida», y que estas variaciones podían ser a lo sumo de unos 5 euros.

5.El préstamo al promotor se había otorgado el 29 de febrero de 2000 por un principal de 1.798.989,39 euros. Además de los datos ya reseñados sobre la duración, el plazo de carencia y la fijación de cuotas con un aumento anual del 2%, independientemente de la variación al alza o a la baja del tipo de interés, en dicha escritura se fijó el interés remuneratorio en tres fases: durante los doce primeros meses al tipo fijo del 4,049% TIN; en el resto del periodo de carencia un tipo, también fijo, de Euríbor a un año más un diferencial del 0,10; y para los veinticinco años siguientes el **IRPH**-Entidades, más un diferencial del 0,25% (cláusulas financieras tercera y tercera bis; el apartado B] de esta última es el que define el interés remuneratorio de la tercera fase).

Los dos índices de referencia previstos fueron descritos en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo al promotor. En particular, el **IRPH**- Entidades que regiría en la tercera fase del préstamo se definió como «el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, definido como tipo de referencia oficial por el Banco de España en su Circular 5/1994, de 22 de julio, que el mes anterior al inicio de cada período de interés se encuentre publicado en el Boletín oficial del Estado por el citado Banco [...] o en su caso, el tipo que oficialmente lo sustituya».

Como disposición común a los dos índices de referencia sucesivos se indicó en la cláusula tercera bis c) que, en caso de que dejaran de publicarse o desaparecieran los tipos de referencia definidos sin establecerse tipos sustitutivos oficiales de los mismos, se tomaría como tipo de interés de referencia para el correspondiente período de carencia o de amortización el **IRPH**-Cajas «definido como tipo de referencia oficial por el Banco de España en su Circular 5/1994, de 22 de julio». Y, finalmente, «si no pudiera determinarse el tipo de interés aplicable al periodo de carencia o al periodo de amortización conforme a lo antes previsto se prorrogará, para el correspondiente período de interés, la vigencia del tipo de interés nominal anual aplicado al período de interés inmediatamente anterior».

La escritura de préstamo al promotor preveía la subrogación de los compradores de las viviendas con una comisión del 0,25% en las condiciones que figuran en las páginas 41 y siguientes de dicha escritura. Una de esas condiciones consistía en que en la escritura de compraventa se hiciera constar la manifestación del comprador de conocer íntegramente dicha escritura de préstamo al promotor. No se estableció, en cambio, que fuera obligatorio entregar a los compradores una copia de la misma, o incorporarla como anexo, o transcribir las cláusulas más relevantes para los compradores.

La previsión de las subrogaciones de los compradores formaba parte de la configuración estructural del préstamo al promotor, tal y como fue concebido por la entidad bancaria y la empresa constructora. En efecto, en la escritura se indicaba que «a medida que se vayan produciendo las subrogaciones se irá dividiendo sucesivamente el préstamo al que se refiere la presente escritura» y que «la parte del préstamo en que se

subrogue cada uno de los adquirentes de las fincas hipotecadas se considerará como deuda independiente y separada de la deuda contraída por el hoy prestatario inicial desde el momento que Unicaja consienta la subrogación».

6. Mediante escritura pública de 13 de enero de 2004 los recurrentes acordaron con la entidad bancaria una novación del préstamo, que se limitó a la ampliación del principal en 8.200 euros, de modo que este quedó fijado en 78.180,94 euros y se elevó correlativamente el límite de la responsabilidad hipotecaria. Se hizo constar expresamente que «en todo lo no modificado sería de aplicación lo pactado en la escritura de préstamo al promotor».

7. A través de una nueva escritura de 21 de noviembre de 2005, se produjo otra novación del préstamo, que de nuevo afectó únicamente a la ampliación del principal, en este caso en 30.000 euros. El importe total quedó fijado en 108.180,94 euros, con la correspondiente elevación de la responsabilidad hipotecaria. No se incluyó aquí la mención, que sí constaba en la primera novación, según la cual «en todo lo no modificado sería de aplicación lo pactado en la escritura de préstamo al promotor».

8. Como ya había sucedido en la compraventa con subrogación, en ninguna de las dos escrituras de novación se hizo referencia algún a la forma de determinación del interés remuneratorio ni en términos TIN (tipo de interés nominal) ni en términos TAE (tasa anual equivalente). Por otro lado, se introdujeron en ambos instrumentos nuevas cláusulas que preveían una comisión de apertura sobre el capital adicional y otra por reclamación de posiciones deudoras; en la novación de 2005 se añadió una comisión por resolución anticipada del préstamo y otra por ampliación del plazo de amortización. Ninguna de estas cláusulas ha sido cuestionada en este procedimiento. Se incluyó, además, en una y otra novación, una cláusula que regulaba las causas de resolución anticipada del préstamo.

9. Es un hecho no controvertido que Unicaja no realizó con carácter previo al consentimiento de la subrogación la oferta vinculante regulada en la Orden de 5 de mayo de 1994, norma a la que luego se hará referencia. Según explicó en la contestación a la demanda, una circular interna de la entidad, la 175/1994, de normas y procedimientos de actuación en relación con la citada Orden de 5 de mayo de 1994, preveía que «en las subrogaciones en préstamos hipotecarios a promotores y constructores los adquirentes de viviendas que se subroguen no están incluidos en la orden en cuanto a la obligatoriedad de entregar oferta vinculante puesto que se subrogan en una operación ya concertada previamente».

10. El 20 de noviembre de 2013 los demandantes obtuvieron una copia parcial de la escritura de préstamo al promotor en la notaría en la que fue otorgada, como la acredita la factura emitida en esa fecha por la obtención de una copia simple parcial del protocolo 506 de 2000. No existe ninguna otra prueba que acredite que antes de esa fecha tuvieran acceso al contenido de dicha escritura. En el interrogatorio de parte el demandante explicó que se enteró de que el préstamo estaba referenciado al **IRPH** cuando, al hilo de la repercusión mediática que tuvo la sentencia sobre cláusulas suelo (en referencia a la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo) intentó enterarse de si su préstamo tenía alguna cláusula de este tipo, lo que cronológicamente es coherente con la petición de la copia del préstamo al promotor en noviembre de 2013.

11. Los prestatarios interpusieron la demanda que dio lugar a este procedimiento en la que solicitaron la nulidad por abusiva, de la cláusula financiera tercera bis, apartados B y C -el **IRPH** como tipo de referencia y el sustitutivo- del préstamo al promotor, así como la declaración de no incorporación a su contrato de préstamo de dicha cláusula y la condena a la entidad bancaria a estar y pasar por dicha declaración y a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de intereses desde el 21 de noviembre de 2003.

12. El Juzgado desestimó la demanda. Consideró que en los demandantes concurría la condición de consumidores, lo que había sido negado genéricamente en la contestación a la demanda, y que la cláusula cuestionada constituía una verdadera condición general de la contratación. En cuanto al fondo del asunto, examinó la cláusula relativa al tipo de interés variable referenciado al **IRPH** del préstamo al promotor, y concluyó que la redacción era clara y comprensible y que permitía a los prestatarios conocer y aceptar el índice aplicado. Añadió que los demandantes eran conscientes de que el préstamo era a tipo variable con un índice de referencia, lo que entendió acreditado por el hecho de que se habían producido dos novaciones y por el interrogatorio de parte del demandante, en el que manifestó que el banco le había informado de que «podía subir con el nivel de vida unos pocos euros». La razón decisoria de la sentencia se basa en la conclusión de que los prestatarios dispusieron de la información adecuada, por tres argumentos: (i) ese reconocimiento del demandante en el interrogatorio de parte de que sabía que las cuotas podían subir con el nivel de vida unos pocos euros -entre 3 y 5 euros, dijo literalmente-; (ii) el hecho de que hubieran existido dos novaciones posteriores; y (iii) el pago sin protesta de las cuotas.

13.El recurso de apelación de los prestatarios se basó en que, en el contrato de compraventa con subrogación, la cláusula relativa al interés remuneratorio derivaba del reenvío a lo pactado en la escritura original, que no les fue entregada, por lo que no se superaba el control de incorporación.

Dicho recurso fue desestimado por la audiencia provincial, que partió de dos observaciones previas: (i) la nulidad que se pretende afecta a un elemento esencial del contrato, por lo que, de prosperar, comportaría la nulidad íntegra del contrato, la transformación del préstamo en simple mutuo (art. 1740 CC) y el deber recíproco de restitución del art. 1303 CC; (ii) la legitimación pasiva de la acción de no incorporación corresponde a la entidad predisponente, que no es la demandada [en el entendimiento de que tal condición correspondía a la empresa promotora].

No obstante, a renglón seguido, la Audiencia expuso que las entidades bancarias deben informar a los prestatarios de las condiciones de los préstamos en los que se subrogan. Tras ello, dedujo que los prestatarios estaban suficientemente informados, conclusión a la que llegó a partir de estos hechos: (i) hubo dos novaciones en las que declararon conocer las condiciones del préstamo al promotor; (ii) en ningún caso pudieron deducir que se trataba de un préstamo gratuito; (iii) es dudoso que el control de incorporación pueda proyectarse sobre un elemento tan esencial del contrato como el interés remuneratorio; (iv) no está acreditado que no se entregara a los prestatarios una copia del préstamo al promotor, máxime teniendo en cuenta las dos novaciones en las que manifestaron conocer dicho préstamo.

14.Los prestatarios han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- Alteración del orden de resolución de los recursos

1.Esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar, en primer lugar, el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, «[t]oda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia» (SSTs 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre; 170/2019, de 20 de marzo; 531/2021, de 14 de julio, 130/2022, de 21 de febrero o más recientemente 148/2024, de 6 de febrero; 111/2024, de 30 de enero; 1025/2024, de 17 de julio; 1295/2024, de 11 de octubre, 1486/2024, de 11 de noviembre y STS 1021/2025, de 15 de julio).

2.En este caso, el recurso por infracción procesal se basa en la vulneración del art. 217 LEC y de las reglas de distribución de la carga de la prueba acerca de un hecho concreto: si se entregó o no a los prestatarios una copia de la escritura del préstamo al promotor en el que se subrogaron, que es un hecho que debe acreditar el banco predisponente y que, a juicio de los recurrentes, no se ha probado.

Sucede que la sentencia recurrida no afirma que dicha entrega tuviera lugar, sino, literalmente que «no está acreditado que no se entregara a los prestatarios una copia del préstamo al promotor». La vinculación de esta cuestión con los requisitos del control de incorporación, en particular en los supuestos de subrogación de los consumidores en los préstamos al promotor, requisitos que constituyen el núcleo esencial del recurso de casación, justifica la alteración del orden de análisis de los recursos y el estudio en primer lugar del recurso de casación.

TERCERO.- *Recurso de casación. Control de incorporación en los supuestos de subrogación de los consumidores en un préstamo al promotor (I). Planteamiento. Oposición del banco recurrido*

1.El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) en relación los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE. Se argumenta que la entidad bancaria no cumplió con su obligación de informar adecuadamente sobre el índice de referencia **IRPH** aplicado al préstamo, ya que no se facilitó copia ni conocimiento del contrato original al subrogante, lo que impidió evaluar las consecuencias económicas del contrato, por lo que no se cumple el control de incorporación.

El segundo motivo cita como infringido el art. 80.1 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 (TRLDCU), que impide el reenvío de las cláusulas no negociadas individualmente a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, infracción que, en todo caso, debe ser reconducida al art. 10.1.a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que era la norma vigente a la fecha del contrato y cuyo contenido era similar al del actual art. 80 TRLDCU.

2.La entidad financiera recurrida se ha opuesto al recurso, pero sin afrontar realmente la cuestión del control de incorporación. Defiende la validez y transparencia de la cláusula contractual del préstamo al promotor que establece como índice de referencia para el cálculo del tipo de interés en un préstamo hipotecario el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios para Entidades a más de tres años (**IRPH** Entidades) y el **IRPH**-Cajas como índice sustitutivo.

Por otro lado, argumenta la falta de interés casacional del recurso, pues a su juicio la sentencia impugnada no contradice la doctrina jurisprudencial sobre la validez de las cláusulas que contienen el **IRPH** como índice de referencia de los préstamos hipotecarios, y destaca la incorrecta formulación del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que la valoración de la prueba corresponde a la instancia y no cabe su revisión en casación salvo error patente o arbitrariedad, lo cual no concurre en el caso. Se destaca que la sentencia recurrida valoró adecuadamente la prueba y consideró acreditado que los prestatarios conocían la cláusula de interés remuneratorio que contenía como referencia el **IRPH**.

Además, la parte recurrida defiende que la Audiencia no vulnera la jurisprudencia sobre el control de transparencia de la cláusula que contiene el **IRPH** como índice de referencia y cita al efecto la doctrina del TJUE, que establece que la publicación oficial del **IRPH** en el BOE permite al consumidor medio comprender su naturaleza y cálculo, e igualmente que la falta de información directa sobre la evolución pasada del índice no implica automáticamente la nulidad de la cláusula, sino que abre la vía al control de abusividad. Por último, expone que, incluso en caso de apreciarse la falta de transparencia, debe realizarse un juicio de abusividad conforme a la Directiva 93/13 y al TRLDCU, y que la cláusula que contiene el **IRPH** no es abusiva porque es este un índice oficial, público y supervisado, y su inclusión no genera un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes. Se subraya que el legislador sustituyó imperativamente otros índices **IRPH** por el **IRPH** Entidades, lo que evidencia la ausencia de desequilibrio en perjuicio del consumidor.

CUARTO.- Recurso de casación. Control de incorporación en los supuestos de subrogación de los consumidores en un préstamo al promotor (II). Decisión de la sala. Estimación

1.Debido a su evidente conexión, procede analizar conjuntamente los dos motivos del recurso de casación, que serán estimados por los argumentos normativos y jurisprudenciales que se expondrán a continuación.

2.El art. 5 LCGC, en lo que interesa para la resolución del recurso, establece lo siguiente:

«1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

»No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

»2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan. [...]»

Por su parte, el art. 7 LCGC tiene el siguiente contenido:

«No 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.

»b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

3.Existe una abundante y reiterada jurisprudencia de esta sala sobre las exigencias del control de incorporación en los casos de subrogación de los consumidores en un préstamo al promotor. Esta doctrina se ha creado esencialmente en torno al control de incorporación de las cláusulas suelo, pero resulta plenamente aplicable al control de incorporación de otro tipo de cláusulas, sin excluir aquellas que forman parte del contenido esencial del contrato de préstamo -también las cláusulas suelo forman parte de ese contenido esencial-, y puede resumirse en los siguientes puntos:

i)El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (sentencias 12/2020, de 15 de enero,



y 576/2023, 20 de abril) si bien, como luego veremos, los matices de este control son más exigentes cuando concurra en el adherente esa condición de consumidor.

ii) El control de incorporación 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. Esta segunda perspectiva ha sido abordada en sentencias de esta sala como la 421/2022, de 24 de mayo, que analiza la faceta del control de incorporación relacionada con la claridad, concreción y sencillez de la redacción de la cláusula concernida.

Sin embargo, este punto de vista es distinto del núcleo central del presente recurso de casación, en el que lo que se cuestiona es el propio control de inclusión, esto es, si la cláusula tercera bis del préstamo al promotor quedó o no incorporada al posterior préstamo concertado con los recurrentes, puesto que no se reprodujo en la escritura de subrogación ni se les entregó una copia de la escritura de préstamo original. Como explica la sentencia 564/2020, de 27 de octubre, en la práctica se aplica en primer lugar el filtro negativo de los arts 5.1. y 7 LCGC, lo que obliga a verificar si el adherente recibió información expresa de las condiciones generales de la contratación y si recibió un ejemplar de las mismas; y, en segundo lugar, si se supera este filtro, es necesario pasar un segundo control, ahora positivo, que es el previsto en los arts. 5.5 y 7 de la misma ley, esto es, el cumplimiento de los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez:

«2.- Aunque la LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación, y en el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato, en la práctica se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (sentencias 314/2018, de 28 de mayo, y 57/2019, de 25 de enero)».

iii) Las STS 576/2023, 20 de abril, 449/2022, de 31 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, entre otras, reiteran que las cláusulas superan el control de incorporación cuando los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerlas si están incluidas en la escritura pública y son gramaticalmente comprensibles. De ello se desprende que una alternativa a la entrega de las condiciones generales de la contratación que exige el art. 5 LCGC es la transcripción de las mismas en la escritura pública, lo que es coherente con el art. 5.2., cuando establece la posibilidad que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En cualquiera de esas dos alternativas, el notario debe comprobar que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

iv) El control de incorporación, cuando se proyecta sobre los contratos celebrados con consumidores, debe integrarse con la elaboración jurisprudencial del TJUE y de esta sala sobre la Directiva 93/13/CEE y las cláusulas abusivas, y en particular sobre el control de transparencia formal, que es el filtro previo al control de transparencia material. El art. 3.3 de la Directiva indica que el Anexo de la misma contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se encuentra (apartado i)) las cláusulas que hacen constar «de forma irrefragable [irrefutable] la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

v) Si la parte prestataria reconoce expresamente en la escritura de subrogación que conoce y acepta el clausulado de la escritura de constitución de la hipoteca que garantizaba el préstamo en el que se subrogaba, sin novación, y que, además, tiene una copia de la misma, estas manifestaciones quedan afectadas por la fe pública notarial, por lo que difícilmente puede mantenerse que, cuando menos, no tuvo oportunidad de conocer la existencia de la cláusula controvertida (sentencia 405/2021, de 15 de junio, en un préstamo con adherente no consumidor en el que se cuestionaba la nulidad de una cláusula suelo). Esta solución no es aplicable, por razones obvias, cuando el adherente no recibió la copia del préstamo matriz.

vi) Muchas de las sentencias que ha dictado esta sala sobre los requisitos de control de incorporación en la subrogación de los adherentes en el préstamo al promotor se refieren a supuestos en los que en la escritura de compraventa con subrogación compareció la entidad bancaria con el fin de consentir la novación de alguna de las condiciones del préstamo. A partir de la sentencia 338/2020, de 20 de junio, se estableció que, cuando la subrogación en el préstamo pactada en la compraventa es simultánea al consentimiento del acreedor a la novación subjetiva (subrogación) -en el caso resuelto, por la intervención del banco en el otorgamiento de la escritura de compraventa-, se produce una interdependencia entre las relaciones jurídicas derivadas del contrato de compraventa y del préstamo y que existe la obligación del banco de informar al consumidor de las condiciones del préstamo. Con cita del ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, caso Bachman), que analizó la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva),

la sentencia 338/2020 estableció que «la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo [que] está sometido al control de transparencia», lo que implica lógicamente que también está sometido al control de incorporación, desde el momento en que dicho control, que beneficia también a los adherentes no consumidores, constituye el pórtico de entrada al control de transparencia material y de abusividad de los contratos concertados en el ámbito del consumo.

vii) La mencionada sentencia 338/2020, de 20 de junio, analizó las implicaciones jurídicas de la forma de pago del precio de una compraventa mediante la asunción de la deuda del préstamo y la subrogación en la carga hipotecaria, que está expresamente prevista como forma de novación subjetiva por cambio de deudor en los arts. 1203 y 1205 del Código Civil (CC) y en el art. 118 de la Ley Hipotecaria (LH). De dicha sentencia puede extraerse que, desde el punto de vista del control de incorporación, no existe una diferencia sustancial entre el banco que participa simultáneamente en la escritura de compraventa con subrogación y aquel otro que, sin intervenir en ella -normalmente, porque no hay ninguna novación en las condiciones del préstamo hipotecario-, ha consentido dicha subrogación antes de la escritura de compraventa, ya por haber prestado su conformidad genérica a las futuras subrogaciones en el préstamo al promotor, ya por haber autorizado la subrogación en una negociación *ad hoc* con el comprador, como es nuestro caso. En efecto, según dicha sentencia:

«Este último precepto [en referencia al art. 118 LH] contempla: (i) 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 (arts. 1876 CC, 126 LH y 685.1 LEC); y (ii) por otro lado, contempla el pacto de subrogación del comprador en la obligación personal (préstamo) 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".

«Interpretando este precepto, la jurisprudencia de esta sala ha aclarado que: (i) "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" (sentencia núm. 590/2015, de 5 de noviembre); (ii) "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" (sentencia núm. 162/2007, de 8 de febrero); y (iii) 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)", en función de que medie o no el citado consentimiento liberatorio del acreedor (sentencia núm. 552/2003, de 10 de junio).

«4.- El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original (en este caso promotor), y si bien no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa cuyo pago se instrumenta, en todo o en parte, mediante la subrogación, sí supone que el vínculo jurídico derivado del préstamo inicialmente concertado con el vendedor pasa a regir entre el prestamista inicial (banco) y el prestatario subrogado (comprador-consumidor), con arreglo a la regulación contractual inicialmente fijada, o con las modificaciones que de forma simultánea o sucesiva a la propia subrogación se hayan introducido en las condiciones del contrato mediante su novación objetiva (art. 1203.1 CC).

«Cuando la subrogación en el préstamo hipotecario (asunción de deuda), pactada en la compraventa entre promotor y comprador, es simultánea al consentimiento del acreedor a la novación subjetiva (subrogación del nuevo deudor en la posición del anterior, con liberación de éste), por su intervención en el otorgamiento de la escritura de compraventa, se produce una interdependencia entre las relaciones jurídicas derivadas del contrato de compraventa (entre promotor y comprador-consumidor) y del préstamo hipotecario (entre el banco y el prestatario-consumidor), pues el pacto de asunción de la deuda pendiente, y su descuento del precio de la compraventa (como forma de pago del precio aceptada por el promotor-vendedor), guarda relación directa con la paralela aceptación por el banco de la subrogación del comprador y la liberación del deudor inicial de su responsabilidad. En tal sentido, en estos casos, el consentimiento del vendedor está condicionado por la aceptación de su liberación por el banco. En esa medida puede hablarse de negocios distintos pero coligados, que presentan una mutua dependencia (sentencia 428/2012, de 10 de julio).

»5.- Por razón de esta estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

»Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de proporcionar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.

»6.- Por ello, para el caso particular de la subrogación de compradores en el denominado "préstamo promotor", el ordenamiento jurídico establece un conjunto de normas específicamente destinadas a garantizar dicha información. Ya antes de la aprobación de la Directiva 93/13/CEE, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, dispuso en su art. 6.1.4º, en el marco de la información relativa al precio de la compra, los medios de pago y las garantías para su efectividad, que "si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades". Y en su art. 9 estableció que "a la firma del contrato todo adquirente de vivienda [...] tiene derecho a recibir a costa del vendedor copia de los documentos a que se refieren los artículos anteriores".

»7.- Más tarde, se aprobó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios dictada [...] con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito.

»Dicha Orden estableció un régimen de información precontractual (folleto informativo - art. 3 -, oferta vinculante -art. 5 -, derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - art. 7-) respecto de todos los préstamos hipotecarios incluidos en su ámbito de aplicación (préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito a favor de prestatarios personas físicas, cuyo importe no exceda de 25 millones de pesetas - límite cuantitativo posteriormente suprimido por la Ley 41/2007 -). Y específicamente en relación con los préstamos a promotores estableció en su art. 1.3 que, con independencia de las reglas establecidas en el citado Real Decreto 515/1989, "cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden [...]».

La sentencia continúa con la explicación de las similares previsiones que, en un sentido aún más garantista para los consumidores, establecieron el art. 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre; el punto 12 del anejo 6 de la Circular 5/2012, del Banco de España; y la Disposición Adicional 7ª de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No se transcribe aquí el detalle de estas normas por ser posteriores al préstamo litigioso. No obstante, sí conviene destacar que la sentencia 338/2020, de 20 de junio, y otras posteriores, han declarado que «todas estas disposiciones se enmarcan y están al servicio del principio de transparencia que en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, preceptos que encuentran su reflejo en el ordenamiento interno en diversas normas, destacadamente en los arts. 5.5 LCGC, y 60.1 y 80.1 TRLCU [o las normas equivalentes de la Ley 26/1984] disposiciones que sí estaban en vigor en aquella fecha».

En definitiva, para el cumplimiento del control de transparencia (y, con más razón, del control de incorporación, visto el contenido de los arts. 5 y 7 de la LCGC, que fue precisamente la norma que incorporó la Directiva 93/13/CEE al derecho interno, y el apartado i) del Anexo de dicha Directiva, el banco deberá asegurarse, antes de aceptar la subrogación, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo al promotor. Por esta razón hemos considerado que la tesis según la cual el obligado a informar al comprador de la vivienda de las condiciones del préstamo hipotecario en que se subroga es exclusivamente el vendedor y no el prestamista se opone a la doctrina establecida por esta sala (sentencias 82/2021, de 19 de enero, 84/2021, también de 19 de enero, y 338/2020, de 20 de junio) pues «sin perjuicio de las obligaciones

del promotor, afirma también tal obligación a cargo del prestamista. No hay incompatibilidad entre una y otra. La primera tampoco hace inútil la segunda, pues la refuerza». [...]. Tampoco es aceptable la tesis [...] que no solo exime al banco de la obligación de informar, en el caso de que un nuevo prestatario se subrogue en lugar del anterior, sino que también impone al consumidor la carga de informarse [...].»

viii) Sentencias como la 449/2022, de 31 de mayo, o la 130/2021, de 9 de marzo, han confirmado o declarado el resultado negativo del control de incorporación cuando, en las escrituras en las que ha intervenido la entidad bancaria: (i) no aparece alusión ninguna a la cláusula controvertida en la escritura de compraventa y subrogación; (ii) ni se incorpora a ésta como anexo; (iii) ni consta que le fuera entregada a los prestatarios copia de la escritura del préstamo hipotecario original en que se subrogaron; (iv) y tampoco quedó acreditado que se les hubiera informado de la existencia y contenido de la cláusula controvertida. Se concluye en la sentencia 449/2022, de 31 de mayo:

«5.- En definitiva, no consta en este caso ni la inclusión, aún por mera referencia a la escritura del préstamo inicial objeto de la subrogación y novación, de la cláusula suelo, ni su incorporación en un anexo, ni la entrega de una copia de aquella escritura, ni su puesta a disposición a través de cualquier otro medio a los prestatarios (sentencia 130/2021, de 9 de marzo). Atendiendo a estos hechos, la decisión de la Audiencia no puede entenderse ajustada a la jurisprudencia de esta sala recaída en interpretación de los arts. 5 y 7 LCGC».

ix) A la misma solución debe llegarse en los casos en los que, no constando la intervención directa del banco en la escritura de compraventa y subrogación, está acreditado que este consintió la subrogación antes de dicha escritura (sentencia 517/2022, de 1 de julio, que añade luego determinadas precisiones sobre el control de transparencia material, para dar respuesta al planteamiento del recurso, pero que previamente reitera la doctrina expuesta sobre el control de incorporación de las cláusulas del préstamo al promotor respecto de las que no ha existido oportunidad real de conocer). En el mismo sentido -aunque profundizando en las exigencias de la transparencia material- se pronuncian las sentencias 12/2021, de 19 de enero, 1489/2025, de 27 de octubre, y 498/2023, de 17 de abril, que en un caso de contrato de adjudicación de vivienda a un cooperativista con simple subrogación en el préstamo al promotor apuntó lo siguiente:

«El derecho a obtener información a través de la cooperativa no exime a la entidad del cumplimiento de sus deberes de información. Los cooperativistas firmaron una escritura de adjudicación y subrogación en el préstamo al promotor en el que había sido parte la cooperativa y la entidad bancaria, que hubo de dar su consentimiento para la asunción de deuda por los adquirentes que aceptaban subrogarse en la responsabilidad personal del préstamo, por lo que estaba obligada a proporcionar, como predisponente, toda la información clara y precisa sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y cuya ausencia es determinante de la falta de transparencia».

x) Respecto de las menciones predisuestas de las escrituras públicas de compraventa y subrogación, en el sentido de que el nuevo prestatario conoce y acepta las condiciones del préstamo al promotor, hemos considerado que si el comprador no dispone de dichas condiciones o la entidad bancaria no ha suministrado al nuevo prestatario la información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, estamos ante cláusulas de conocimiento ineficaces. Según la sentencia 338/2020, de 20 de junio:

«Es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que afirma que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. Así lo hemos declarado, entre las más recientes, en las sentencias 223/2017, de 5 de abril, 244/2017, de 20 de abril, 42/2018, de 26 de enero, y 517/2018, de 20 de septiembre».

4. En el caso que nos ocupa, no se cumple el control de incorporación respecto de las cláusulas que definían el tipo de interés ni, por tanto, respecto de la cláusula tercera bis, apartados b) y c), que era la que fijaba como índice de referencia el **IRPH** y sus índices sustitutivos, puesto que:

i) Está probado que Unicaja consintió la subrogación antes del otorgamiento de la escritura de compraventa, aunque no interviniera en ella, seguramente porque no se modificó ninguna de las condiciones del préstamo al promotor. La escritura de compraventa con subrogación solo recoge, además del principal del préstamo (69.980,94 euros), algunas de las condiciones de ese préstamo al promotor: la fecha de constitución, el plazo de duración, que, a efectos de los recurrentes, sería de algo más veinticinco años (desde el 21 de noviembre de 2003 hasta el 29 de febrero de 2028) y la amortización mediante el pago de cuotas mensuales, comprensivas de capital e intereses, que se fijarían de modo que la cantidad a pagar aumentara cada año en un 2%, al margen de los efectos de la revisión del tipo de interés aplicable. Estas cláusulas sí están debidamente incorporadas al préstamo de los recurrentes, puesto que fueron transcritas en la escritura que firmaron.



ii) Sin embargo, la escritura no recoge ninguna indicación sobre el tipo de interés aplicable. La entidad bancaria consideró que la aceptación de la subrogación no llevaba aparejada obligación alguna de información. No entregó a los recurrentes una copia del préstamo al promotor y se guió por una discutible política interna de no aplicar las garantías de la Orden de 5 de mayo de 1994, hasta el punto de que ni siquiera redactó la oferta vinculante que hubiera permitido a los compradores subrogados conocer el índice de referencia y el diferencial que iban a conformar el tipo de interés remuneratorio.

En efecto, la circular interna de la entidad 175/1994, de normas y procedimientos de actuación en relación con la Orden de 5 de mayo de 1994, al considerar en las subrogaciones de los compradores al préstamo al promotor «los adquirentes de viviendas que se subroguen no están incluidos en la orden en cuanto a la obligatoriedad de entregar oferta vinculante puesto que se subrogan en una operación ya concertada previamente», carece de soporte normativo en la propia Orden y es contraria a la jurisprudencia de esta sala. Es más, el art. 1.3 de la Orden establecía lo siguiente:

«Con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados por entidades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el núm. 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los núms. 2 y 3 del art. 6 de esta Orden. Asimismo, las escrituras de tales préstamos incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras previstas en el anexo II de la presente Orden (con excepción de la 1 [capital del préstamo], 1. bis [cuenta especial] y 4., apartado 1 [comisión de apertura]).

El art. 6 de la misma Orden, en sus apartados 2 y 3, obligaba a la utilización exclusiva de los índices o tipos de referencia que cumplieran las condiciones de la propia orden y el sentido general del art. 1.3 daba por hecho que el comprador dispondría de una copia de la escritura de préstamo al promotor o que en su propio préstamo se reproducirían los particulares de la misma necesarios para entender el contenido jurídico y económico de las obligaciones que asumía. De ahí la obligación de que la estructura y el orden de las cláusulas financieras del préstamo al promotor siguieran el modelo obligatorio del anexo II de la Orden, pues se trataba de facilitar de ese modo que la información disponible para el prestatario por subrogación fuera homologable a la de cualquier otro prestatario.

iii) En ninguna de las dos escrituras de novación se hizo referencia a la forma de determinación del interés remuneratorio ni en términos TIN ni en términos TAE. Tampoco consta, salvo en la escritura de compraventa con subrogación, con la mención predispuesta ya analizada, que los prestatarios conocieran y aceptaran las condiciones del préstamo al promotor. Solo se dice en una de las escrituras de novación (la del año 2004) que «en todo lo no modificado sería de aplicación lo pactado en la escritura del préstamo al promotor», que es algo muy distinto de asumir el conocimiento efectivo y la aceptación de dicha escritura.

iv) En la escritura pública de compraventa con subrogación el notario no comprobó si los prestatarios por subrogación habían recibido un ejemplar de las condiciones generales que regían el préstamo al promotor o, en su defecto, que tenían un conocimiento real de su contenido, lo que era obligatorio según el art. 5 LCGC. Por ello, la mención de que conocían y aceptaban esas condiciones no pasó de ser una declaración formal, vacía de contenido e ineficaz, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial explicada más arriba.

v) No fue hasta el 20 de noviembre de 2013 cuando los demandantes obtuvieron por sus propios medios una copia parcial de la escritura de préstamo al promotor, alertados por la repercusión mediática de la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo.

vi) Los argumentos de las sentencias de primera y de segunda instancia no son conformes con la jurisprudencia de esta sala sobre el control de incorporación. Para la superación de tal control no bastaba con que los prestatarios supieran que no se trataba de un préstamo gratuito ni de que el tipo de interés fuera variable y no fijo. Era, además, obligatorio que hubieran podido tener acceso real a la forma de determinación del tipo de interés. El interrogatorio del demandante nada acredita en este sentido, y como la entidad bancaria renunció a la declaración testifical del empleado que comercializó la subrogación, no ha sido posible determinar si la variación de las cuotas de la que el Sr. Jesús Carlos sí fue informado obedecía a las variaciones del tipo de interés o al incremento anual del 2% de las cuotas.

Por otro lado, el control de incorporación se proyecta no solo sobre las cláusulas accesorias del contrato, sino también sobre las que regulan su contenido esencial, como lo evidencia la abundantísima jurisprudencia de esta sala sobre la no incorporación de las cláusulas suelo en la subrogación en los préstamos al promotor. Sin perjuicio de lo que ahora se razonará sobre los efectos de la no superación del control de incorporación, no es posible considerar que dicho control se supera solo por el hecho de que las cláusulas no incorporadas

afectan a un elemento esencial del contrato. Tampoco es acorde a la jurisprudencia de esta sala ni a la doctrina del TJUE considerar, como hizo inicialmente la Audiencia, que las obligaciones inherentes al cumplimiento del control de incorporación sean exigibles a la promotora y no a la entidad bancaria que aceptó la subrogación de los recurrentes en el préstamo al promotor.

No cabe confundir supuestos como el que analizamos con la falta de legitimación pasiva que esta sala ha apreciado en las entidades bancarias destinatarias de acciones de nulidad, por abusivas, de cláusulas de imposición al comprador de los gastos de operación (a título de ejemplo, sentencias 546/2019, de 16 de octubre, y 263/2022, de 29 de marzo) en los casos en que dichas entidades no han intervenido en las escrituras de compraventa y subrogación; en tales casos, la legitimación pasiva para soportar la nulidad de la cláusula de gastos sí depende de la intervención directa del banco en la escritura, pero no es esa la cuestión controvertida en este procedimiento.

En el mismo sentido, contraviene la doctrina de esta sala y del TJUE el razonamiento jurídico de la Audiencia sobre la aplicación del art. 1303 CC y el deber recíproco de restitución de las prestaciones, ya que esa solución sería evidentemente perjudicial para los consumidores recurrentes, que no pueden quedar doblemente damnificados a causa del incumplimiento por la entidad bancaria de las obligaciones que les impone la LCGC y la Directiva 93/13/CEE, pues ello atentaría frontalmente contra la consecuencia jurídica establecida en los arts. 5 y 7 LCGC y contra los principios de no vinculación y garantía del efecto disuasorio a los que se refieren los arts. 6.1. y 7.1. de la Directiva.

En el tratamiento de los efectos de las cláusulas abusivas, el TJUE ha reiterado (STJUE de 12 de diciembre de 2024, C-300/23):

«Con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. No obstante, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartado 29 y jurisprudencia citada).

»144. Cuando esta subsistencia no sea posible, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, de conformidad con los principios del Derecho de los contratos, se abstenga de aplicar la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la anulación del contrato en su totalidad dejaría expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que, por una parte, este se vería penalizado y, por otra parte, el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartados 32 y 34 y jurisprudencia citada)».

En caso de que no exista ninguna disposición supletoria de derecho nacional aplicable, la STJUE de 16 de marzo de 2022, C-22, resuelve:

«60. Por lo tanto, si el juez nacional considera que el contrato de préstamo en cuestión no puede subsistir jurídicamente, con arreglo al Derecho de los contratos, tras la supresión de las cláusulas abusivas de que se trate y no existe ninguna disposición supletoria de Derecho nacional ni ninguna disposición aplicable que, en caso de acuerdo de las partes del contrato, pueda sustituir a dichas cláusulas, procede considerar que, en la medida en que el consumidor no haya expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas y la anulación del contrato expondría a dicho consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el elevado nivel de protección del consumidor que debe quedar garantizado conforme a la Directiva 93/13 exige que, con el fin de restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes contratantes, el juez nacional adopte, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que la anulación del contrato de préstamo controvertido podría provocar, en particular debido a la exigibilidad inmediata del crédito del profesional frente al consumidor (sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartado 41).

Si esta es la solución que procede en los supuestos de cláusulas declaradas nulas por abusivas, pero debidamente incorporadas al contrato, con mayor razón habrá que evitar la nulidad total de dicho contrato cuando las cláusulas controvertidas ni siquiera se han incorporado al mismo.

5. La estimación del recurso de casación conlleva que, al asumir la instancia, y sin necesidad de examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, declaremos la no incorporación al contrato de préstamo existente entre las partes de la cláusula financiera tercera bis, apartados b) y c) de la escritura del préstamo al promotor de 29 de febrero de 2000, con los efectos que se determinarán a continuación.

QUINTO.- Asunción de la instancia. Efectos del incumplimiento del control de incorporación.

1. El recurso de apelación de los demandantes debió ser parcialmente estimado por los argumentos expuestos en el fundamento de derecho anterior. No obstante, la no superación del control de incorporación que se defendió en dicho recurso no implica, como se pretendía ya desde la demanda, la nulidad de la cláusula tercera bis, apartados b) y c), del préstamo originario, sino únicamente su no incorporación al contrato de préstamo concertado entre las partes por subrogación en dicho préstamo al promotor ni a sus novaciones posteriores.

2. En consecuencia, el recurso de apelación debió ser acogido parcialmente, y la demanda también parcialmente estimada en el sentido indicado.

3. El art. 8 LCGC establece que «[s]erán 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».

Por su parte, el art. 9 LCGC precisa lo siguiente sobre las consecuencias de la declaración de no incorporación de las cláusulas al contrato:

«1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

»2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil».

Y, de acuerdo con lo establecido en el art. 10 LCGC:

«1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

»2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo».

4. Estas normas deben ser sometidas al principio de interpretación conforme del derecho de la Unión Europea. Como explica la STJUE de 11 de diciembre de 2025 (C-764/24):

«57. Cabe recordar asimismo que el principio de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho de la Unión exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta».

La aplicación del principio de interpretación conforme al caso que nos ocupa conlleva la imposibilidad de declarar la nulidad total del contrato a la que se refiere el art. 10.2 LCGC, pues esa consecuencia sería especialmente perjudicial para los consumidores recurrentes, ya que les obligaría a reintegrar de forma inmediata el importe total del principal pendiente. Nos remitimos, en este punto, a la fundamentación jurídica explicada en el apartado vi) del fundamento jurídico anterior.

5. No existe claramente una norma de derecho supletorio que permita, sin incurrir en la integración del contrato prohibida por el TJUE, suplir la ausencia de la cláusula de intereses remuneratorios no incorporada al contrato con una norma de derecho nacional que establezca una solución alternativa viable.

Sobre la prohibición de integración de los contratos afectados por cláusulas abusivas, la STJUE de 20 de marzo de 2025, C-365/23, recuerda la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión:

«92. Por lo que respecta a la posibilidad de que un juez nacional que ha declarado que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor tiene carácter abusivo modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor, procede señalar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite que el juez

nacional haga uso de tal posibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 71).

»93. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en ese contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 54)».

6. En principio, podrían tener la consideración de normas de derecho supletorio (i) el art. 1108 CC; (ii) el art. 7 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCCC/1995), que era la ley vigente a la fecha de celebración del contrato y que fue luego sustituido por el art. 21 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; y (iii) la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

7. Sin embargo, hay tres obstáculos insalvables que impiden la aplicación de estas normas en defecto de las cláusulas no incorporadas al contrato. En primer lugar, el art. 1108 CC, que prevé el devengo del interés legal, en defecto de otro tipo de interés convenido, solo resulta aplicable a los supuestos de mora del deudor, y en este caso no existe ningún incumplimiento del contrato de préstamo imputable a los recurrentes.

En segundo lugar, la aplicación supletoria del art. 7 de la LCCC/1995, que establece como consecuencia de la omisión de la TAE en el contrato -que es una de las menciones obligatorias de los contratos de crédito al consumo, según su art. 6.2-, la obligación del consumidor a abonar únicamente el interés legal en los plazos convenidos, tropieza con dos inconvenientes: (i) salvo en los años 2006, 2007, 2008, 2023 y 2024, en los que el interés legal se situó ligeramente por debajo del interés remuneratorio establecido en el préstamo al promotor (4% frente a 4,423%; 5% frente a 5,496%; 5,50% frente a 6,017%; 3,25% frente a 4,237%; y 3,25% frente a 3,915%), en los dieciocho años restantes, la tasa de interés legal supera el interés remuneratorio en cuestión, por lo que, en términos globales, los consumidores quedarían en peor situación que con la aplicación de la cláusula no incorporada; y (ii) los tipos medios de los créditos al consumo, que son los que regula la Ley 7/1995, son muy superiores a los propios de los préstamos hipotecarios, de modo que la aplicación supletoria del interés legal en los casos de no incorporación de la TAE resulta netamente favorable para el consumidor en ese segmento del crédito al consumo, afirmación que no es en modo alguno extrapolable a los préstamos hipotecarios. Por ejemplo, en noviembre de 2003, cuando se concertó el préstamo controvertido, el tipo medio ponderado del crédito a la vivienda se situaba en el 3,31%, frente al 7,65% del tipo medio ponderado del crédito al consumo.

Por último, la aplicación al caso de la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no resulta viable, pues está prevista para la desaparición de los tipos de referencia, y no para los casos de ineficacia del interés remuneratorio por incumplimiento del control de incorporación.

Por ello, el efecto de la no incorporación de la cláusula de intereses remuneratorios al contrato, sumada a la prohibición de integrar el contrato, conduce a la consecuencia de dejar el préstamo sin interés remuneratorio. Valoramos, a este respecto, que sí quedó válidamente incorporada al contrato de préstamo de los recurrentes la cláusula que posibilitaba el incremento de las cuotas en un 2% anual, independientemente del interés remuneratorio y que, en todo caso, el préstamo gratuito como tal no es contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, el art. 1740 CC, en su último párrafo, asume que «[e]l simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés». Por su parte, el art. 311 del Código de Comercio, de entenderse aplicable al concurrir en la entidad prestamista la condición de «comerciante», establece que los préstamos no devengarán interés si no se hubiera pactado por escrito, y en este caso la consecuencia directa de la no incorporación es precisamente la falta de pacto escrito sobre el interés remuneratorio.

Esta solución es, además, la que da mejor cumplimiento a los arts. 5 y 7 LCCG. El preámbulo de la ley ya advertía de «la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo I para que puedan entenderse incorporadas al contrato» y que «[e]sta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual».

También es el efecto que con mayor eficacia garantiza los principios de no vinculación y garantía del efecto disuasorio que rigen los efectos de las cláusulas abusivas (arts. 6.1 y 7.1. de la Directiva) y que, con mayor razón, deberán aplicarse a las cláusulas no incorporadas al contrato, que carecen por ello de toda validez.

8.-Procederá, por todo ello, la estimación parcial del recurso de apelación de los demandantes y, con ella, la estimación parcial de la demanda, con la imposición de las costas de la primera y de la segunda instancia a la parte demandada.

Este pronunciamiento en materia de costas responde a la aplicación de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 1785/2025 y 1786/2025, de 4 de diciembre, a cuyo contenido extenso nos remitimos y que, en síntesis, modifican nuestra jurisprudencia anterior para establecer que cuando el consumidor se vea obligado a acudir a la segunda instancia para no verse vinculado por una cláusula abusiva (en este caso, no incorporada) y su recurso de apelación resulte total o parcialmente estimado, las costas de esa segunda instancia deberán imponerse al profesional predisponente, al igual que sucede con las costas de la primera instancia en caso de estimación parcial de la demanda. Se argumenta en dichas sentencias lo siguiente:

(i)Que al trasladar los principios de no vinculación y garantía del efecto disuasorio a la problemática de las costas en los procesos judiciales en que son parte los consumidores, el TJUE, ha declarado que el consumidor debe quedar indemne económicamente en aquellos procedimientos en los que se haya visto obligado a litigar por habersele impuesto cláusulas abusivas en un contrato (SSTJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17; de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19; y de 7 de abril de 2022, asunto C-385/20), situación que es equiparable, en lo que aquí interesa, a la nulidad por falta de incorporación.

(ii)Que esta sala se había hecho eco de esa jurisprudencia en numerosas sentencias en lo que respecta a las costas de la primera instancia (sentencias 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, entre otras muchas, a partir de las cuales entendimos que no cabe dejar de aplicar el principio del vencimiento en casos de estimación parcial, como con carácter general prevé el art. 394.2 LEC.

(iii)Que la STC 121/2025, de 26 de mayo, obliga a adaptar el principio de indemnidad en materia de costas también a la segunda instancia y a reinterpretar el art. 398.2 LEC (en la redacción anterior al Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre), pues de otra forma se obstaculizaría el ejercicio del derecho al recurso de apelación y a la tutela judicial efectiva, esto es, el consumidor habría de cargar con una parte de las costas procesales derivadas de su formulación «[l]o que tendría como consecuencia perniciosa que el consumidor no quedara indemne, al no ser suficiente para ello el habersele garantizado no tener que pechar con costas de la primera instancia».

(iv)Que, en definitiva, también a efectos de la imposición de costas en segunda instancia, si el consumidor debe litigar más allá porque el juez de primera instancia no ha aplicado correctamente la ley o la jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas, no debería verse penalizado económicamente por hacerlo, ya que:

«el resarcimiento de los gastos del recurso de apelación [...] que para la satisfacción de su derecho debe afrontar el consumidor [...], no puede estimarse que sea un coste improbable o anormal para el profesional predisponente, ni por tanto debe estimarse que no es imputable a la entidad y a la imposición indebida por su parte de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores, cumpliendo así la imposición de costas, también en los recursos ordinarios interpuestos que tienen como finalidad última la supresión de cláusulas abusivas, con el efecto disuasorio que persigue el Derecho de la Unión».

SEXTO.- Costas del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal y depósitos

1.No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado, ni del recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo análisis no ha sido necesario, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la forma en la que ha sido interpretado en las citadas sentencias 1785/2025 y 1786/2025, ambas de 4 de diciembre, y también en la sentencia 1796/2025, de 5 de diciembre.

2.-Procede la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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-Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Jesús Carlos y D.ª Debora contra la sentencia 584/2018, de 14 de diciembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada

en el recurso de apelación 735/2018, derivado del juicio ordinario 417/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, sin necesidad de analizar el recurso extraordinario por infracción procesal.

2.º-Casar la expresada sentencia y, al asumir la instancia, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Carlos y D.ª Debora contra la sentencia 74/2018, de 14 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, que se revoca, y acordamos en su lugar:

2.1.Estimar parcialmente la demanda interpuesta por los actores frente a Unicaja Banco S.A.U., en el sentido de declarar no incorporada al contrato de préstamo hipotecario existente entre las partes en virtud de la subrogación documentada en la escritura de 21 de noviembre de 2003, ni a las novaciones pactadas el 13 de enero de 2004 y el 21 de diciembre de 2005, la cláusula financiera tercera bis, apartados b) y c), de la escritura de préstamo al promotor otorgada el 29 de febrero de 2000 ante el notario D. Juan Bermúdez Serrano, con número protocolo 506, por lo que dicha cláusula deberá tenerse, frente a los demandantes, por no puesta.

2.2.Condenar a Unicaja Banco S.A.U., a estar y pasar por dicha declaración, a abstenerse de aplicar dicha cláusula en el futuro, manteniendo su vigencia el contrato con las restantes, y a devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio desde el 21 de noviembre de 2003, con sus intereses legales desde la fecha del respectivo cobro de dichos intereses, así como al pago de las costas de la primera y de la segunda instancia.

3.º-No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso extraordinario por infracción procesal.

4.º-Devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de las actuaciones y del rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.