



Roj: **SAP M 8783/2022 - ECLI:ES:APM:2022:8783**

Id Cendoj: **28079370282022100886**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/07/2022**

Nº de Recurso: **3529/2021**

Nº de Resolución: **1745/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 101, 31-01-2019 (proc. 9171/2017),
SAP M 8783/2022**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0151308

Recurso de Apelación 3529/2021

O. Judicial Origen: Jdo de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 9171/2017

APELANTE: BANCO SANTANDER SA antes BANCO POPULAR

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

APELADO: D./Dña. Ernesto

PROCURADOR D./Dña. VICENTE JAVIER LOPEZ LOPEZ

SENTENCIA Nº 1745/2022

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. LUISA MARÍA HERNAN-PÉREZ MERINO

D./Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a cuatro de julio de dos mil veintidós.

La Sección 28 Refuerzo de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 9171/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid a instancia de BANCO SANTANDER SA antes BANCO POPULAR apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO y defendido por el/la letrado D. José Antonio Vázquez Roldán contra D./Dña. Ernesto apelado -



demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. VICENTE JAVIER LOPEZ LOPEZ y defendido por el/la letrado D. Santiago Viciano Esteban; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 31/01/2019.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid se dictó Sentencia de fecha 31/01/2019, cuyo fallo es el tenor siguiente:

"ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Ernesto , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por el Procurador EDUARDO CODES FEIJOO, sobre nulidad de cláusulas abusivas y reclamación de cantidad, y en consecuencia :

*1.- Declaro la que las cláusulas suelo incluidas en los **contratos** de fechas 12 de noviembre de 2002 y 15 de junio de 2006, son nulas por efectos de la cosa juzgada derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015 de 23 de diciembre de 2015 y, en consecuencia*

2.- Condeno a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., conforme al art. 1303 CC , a la DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES QUE SE HUBIERAN COBRADO EN EXCESO EN VIRTUD DE LA CONDICIÓN DECLARADA NULA a determinar en ejecución de sentencia, desde la fecha de la contratación., y con intereses desde la fecha del abono de las mismas

3.- Condeno en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de D. Ernesto interpuso demanda en la que alega, y así se reconoce por la entidad bancaria demandada, que el 12 de noviembre de 2002 suscribieron escritura pública de **préstamo** hipotecario con el actual Banco Santander, S.A. y su novación en escritura pública de 15 de junio de 2006 con un límite a la variabilidad de los intereses remuneratorios nunca inferior al 3,75%; pretendiendo la declaración de nulidad de esas cláusulas y la condena de la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por efecto de la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre.

Demanda estimada por la sentencia de instancia declarando la nulidad de esa cláusula suelo y condenando a la entidad demandada a la devolución de las cantidades interesadas, frente a la que se alza la representación procesal de la demandada interponiendo recurso de apelación en el que niega la condición de consumidor del demandante en esa operación, manteniendo la indebida extensión de la cosa juzgada de la reseñada sentencia del Tribunal Supremo.

Recurso al que se opuso la representación procesal de la parte demandante interesando su desestimación, y la confirmación, por sus propios Fundamentos, de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Las verdidas alegaciones dirigidas a negar la condición de consumidor del prestatario en la contratación del **préstamo** y su novación en modo alguno desvirtúan la finalidad o destino al que se iba a emplear el capital prestado como era la compra de una vivienda junto a otras personas, a quienes, en fechas posteriores, compró su parte en la propiedad de la vivienda.

Vivienda que después fue alquilada, pero sin haberse demostrado que esta fuera la finalidad o destino de la misma al tiempo de ser adquirida y constituido el **préstamo**; como tampoco que el demandante se dedicara de forma profesional o habitual a destinar varios de sus inmuebles al alquiler, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo 326/2018, de 13 de junio cuando concluye que: " *Es evidente que la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros implica la intención de obtener un beneficio económico, pero si esa actuación no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, no deja de ser un acto de consumo.*"



TERCERO.- Respecto a la alegada cosa juzgada indicar que la demanda no se limita a reclamar la devolución de las cantidades por la aplicación de la cláusula suelo que se presupone nula a tenor de lo declarado en la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, sino que también interesa, en ejercicio de la acción individual, la declaración de nulidad del suelo inserta en las reseñadas escrituras públicas al no superar el necesario control de transparencia, conforme a lo ya declarado en esa sentencia.

Nulidad acogida por la sentencia de instancia no por la aplicación "automática" de esa sentencia y sí por la no superación del segundo control de transparencia por la falta de información; tal y como exige la Sentencia 367/2017, de 8 de junio del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Pleno cuando declara: *"las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13. Esta diferencia de naturaleza entre una y otra acción también ha sido advertida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina se reitera en las sentencias 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre. En estas sentencias, y en lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional declaró que, sin perjuicio de que el juzgado, al dictar sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula, extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de **contratos** en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima a causa de una línea de defensa jurídica de la entidad demandante, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes solo por él conocidas. Debe tomarse en consideración, porque es relevante, que estas resoluciones se referían a casos en los que la pendencia de un proceso en que se ejercitaba una acción colectiva sobre nulidad, por abusiva, de una condición general y cesación en su uso, se invocaba como fundamento de una supuesta litispendencia para paralizar las acciones individuales ejercitadas por consumidores que no eran parte en el proceso en que se ejercitaba la acción colectiva"*.

Debiendo aclarar que la renuncia del prestatario al ejercicio de acciones o de reclamaciones recogida en el documento de 4 de noviembre de 2014 por el que se le concedió una suspensión temporal en la aplicación del suelo no puede considerarse eficaz al no constar que el prestatario fuera informado con anterioridad de las consecuencias de esa renuncia, en concreto de las cantidades económicas que ahora pretende.

TERCERO.- Procediendo, por lo expuesto la desestimación del recurso interpuesto, lo que conlleva, a tenor de lo establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 31 de enero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 101 bis de los de Madrid en los autos civiles número 9171/2017 de juicio ordinario; por lo que se acuerdan los siguientes pronunciamientos:

1º) Confirmar íntegramente la sentencia apelada.

2º) Condenar a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-3529-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ