



**Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD  
AP Civil Sec.01)**

**Recurso de apelación 163/2020 -1**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 472/2019**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SANTANDER

S.A.

Procurador/a:

Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a: AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ

PICALLO

**SENTENCIA Nº 763/2020**

En Girona, a 5 de junio de 2.020.

**Presidente.**

**Ilmo. D.** .

**Magistrados.**

**Ilmo. D.** .

**Ilmo. D.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-** El día 4 de febrero de 2.020 se recibieron en la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona los autos de Procedimiento Ordinario (Contratación artículo 249.1.5) número 472/2019 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D.

, en nombre y representación acreditada de BANCO





SANTANDER, S.A contra la sentencia número 1.328/2019 de 13 de septiembre de 2.019 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>a</sup>. , en nombre y representación acreditada de D<sup>a</sup>.

**SEGUNDO-** El contenido del Fallo de la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

*“ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña , en nombre y representación de DOÑA , contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A. y por lo tanto,*

- A) *DECLARO la nulidad de la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable (cláusula suelo) prevista en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 3 de agosto de 2006 con Protocolo 1127.*
- B) *CONDENO a la entidad demandada a la eliminación de la cláusula nula y a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario sin la incidencia de la cláusula suelo y a devolver el exceso de las cantidades cobradas desde la fecha de suscripción del préstamo, más intereses legales calculados desde la fecha del cobro de cada una de las cuotas hasta el día del pago, y teniendo en cuenta los posibles ingresos ya efectuados.*
- C) *DECLARO la nulidad de la cláusula relativa a la imposición de gastos a cargo del prestatario contenida en ambas escrituras de préstamo hipotecario (cláusulas 5) y su correspondiente eliminación;*
- D) *CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 424,00 € así como a los intereses legales devengados desde el*





*momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art. 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.*

*E) CONDENO a la entidad demandada a las costas del proceso”.*

**TERCERO-** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de recursos, habiéndose señalado fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el día 3 de junio de 2.020. **La deliberación, votación y fallo se ha realizado, bajo la dirección del Presidente, mediante los oportunos medios telemáticos.**

**CUARTO-** En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

Se designó como Ponente a

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO- Apelación ante esta Sala-** La entidad bancaria demandada, en su escrito de recurso, impugna los pronunciamientos de la meritada sentencia de primera instancia relativos a la condición de consumidor de la parte actora y prescripción, de conformidad con las alegaciones que ha estimado oportunas y obrantes en las actuaciones, habiendo formulado la parte actora la correspondiente oposición al citado recurso.

**SEGUNDO- Condición de consumidor de la parte actora-** Esta Sala ya se ha pronunciado, en numerosas ocasiones, sobre los requisitos y presupuestos para apreciar o negar la condición de consumidor.

Baste citar, entre otras, la *sentencia número 564/2018 de 28 de noviembre de 2.018* donde dijimos “*Insiste el demandado y recurrente en la*





*inaplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios al no tener la condición de consumidor el prestatario.*

*Cierto es que solo puede oponer la existencia de cláusulas abusivas quien ostenta la condición de consumidor o usuario. Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

*No es correcto decir que sólo es consumidor aquel que adquiere un bien para una necesidad privada, ni tampoco es correcto, cuando se trata de adquisición de viviendas, identificar la condición de consumidor con la adquisición de la vivienda habitual. No se pierde la condición de consumidor por el hecho de que se realicen actos de inversión, tanto en propiedades inmobiliarias como en productos mobiliarios.*

*Es consumidor el particular que adquiere viviendas o locales como inversión, incluso aunque las ponga en alquiler. Solo queda excluido si lo hace como actividad empresarial. El arrendador de un local aunque su destino sea una actividad empresarial sigue siendo consumidor. Un consumidor, no pierde la condición de tal por el hecho de que destine sus ahorros en adquirir un local para después arrendarlo o porque invierta en valores negociables o no. Argumentar que sólo se tiene la condición de consumidor si se adquiere la vivienda para residir habitualmente en ella o para disfrutarla directamente es claramente un error jurídico. Se pierde cuando tales actividades se ejercen como profesión o como actividad empresarial”.*

De una lectura y examen de la escritura pública de préstamo garantizado con hipoteca de 3 de agosto de 2.006, que documenta la relación jurídico-contractual litigiosa suscrita *inter partes*, queda sobradamente probado y acreditado, que la parte actora actuaba, en su formalización y suscripción, en





nombre e interés propio y que el bien inmueble sobre el cual se constituía el derecho real de hipoteca, no se engloba en ninguna finalidad empresarial, de la índole que fuera, sino más bien que se trata de un bien privativo de uso particular de la parte actora.

El Banco apelante, en su escrito de contestación a la demanda, alegó que la adquisición del bien inmueble sito en el municipio de Roses (Alt Empordà) sobre el cual se constituyó el derecho real de hipoteca, constituye uno de los inmuebles que la parte actora destina a apartamentos turísticos dentro de una actividad empresarial, aportando una serie de pantallazos al respecto.

Ya hemos dicho, reiteradamente, que no podemos dar por válido un simple pantallazo adjuntado al escrito de contestación a la demanda y no mediante documental, adjuntada correctamente y en forma, al citado escrito de contestación, ya que comprobado debidamente por esta Sala este extremo, es evidente que no se aportó.

Es más, el citado pantallazo, que no cumple los presupuestos legales exigidos para tenerlo como soporte probatorio válido de conformidad con nuestra norma procesal civil, como ya hemos señalado y reiteramos, tampoco nos permite aseverar que el préstamo hipotecario que documenta la relación jurídico-contractual litigiosa estuviera destinado a una finalidad empresarial, que no se acredita.

Esta Sala, de forma constante y reiterada, ha señalado que es consumidor el particular que adquiere viviendas o locales como inversión, incluso aunque las ponga en alquiler.

Las más documental aportada y propuesta por la parte actora y admitida por la Juez *a quo*, fue correctamente admitida, de conformidad con el artículo 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el precepto procesal aplicable, ni más ni menos, por lo que este motivo de impugnación se desestima.





También rechazamos que la más documental haya sido decisiva para la acreditación de la condición de consumidor de la parte actora, cuando, lo ha sido y lo es, todo el acervo probatorio obrante en las actuaciones, como resulta de una lectura del Fundamento de Derecho, sobre esta particular cuestión, de la sentencia de primera instancia, compartiendo la argumentación jurídica de la resolución combatida, que damos enteramente por reproducida.

No hay ningún elemento, dato y/o extremo que pruebe, automáticamente, que la suscripción del préstamo hipotecario litigioso esté fuera del ámbito de un acto de consumo.

En definitiva, ni en primera instancia, ni tampoco en esta alzada, la entidad bancaria demandada aporta soporte documental, suficiente y de entidad, que permita inferir y sostener, mínimamente, la no condición de consumidor, lo que lleva a afirmar la falta de sustento fáctico, legal y jurídico de este motivo de oposición, no desprendiéndose de la escritura notarial que la suscripción del préstamo hipotecario respondiera a financiación externa de la parte actora a los efectos de destinar el importe recibido a otra cuestión distinta que no fuera la financiación propia de sus necesidades personales y familiares ante la falta de liquidez propia, como ocurre siempre que se interesa un préstamo hipotecario.

Por ende, se desestima este primer motivo de impugnación confirmando el particular pronunciamiento de primera instancia.

**TERCERO.- Prescripción de la acción en reclamación de cantidades.-**

Son varios los pronunciamientos de esta Sala a este respecto.

Así, en *sentencia número 482/2018 de 22 de octubre de 2.018* dijimos “*SEXTO.- Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.-*”

*El Banco recurrente, sostiene que, debe tenerse en cuenta por el Juzgador que en el caso que nos ocupa la actora está acumulando dos acciones*





*muy diferentes: por un lado, la acción DECLARATIVA de nulidad de unas condiciones generales de la contratación, la cual resulta imprescriptible y, por otro, unas acciones RESARCITORIAS tendentes a que mi representada le restituya los conceptos que la misma abonó con ocasión de las mismas, las cuales SÍ que están sometidas al término previsto en nuestro Código Civil y otras Leyes especiales.*

*Siendo una cuestión meridianamente clara el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una condición general de la contratación, por ejercitarse una acción de nulidad radical y no anulabilidad, mayores dudas ha suscitado si puede alzarse la prescripción, no ya frente a la acción meramente declarativa de nulidad, sino ante otras acciones autónomas posteriores como aquellas que pudieran pretender la concreta devolución de determinadas cantidades (por ej., gastos hipotecarios, comisiones) cuando la acción inicial ejercitada se ha limitado a la estricta pretensión mero declarativa.*

*Si se interpreta que, al pretender la devolución de los gastos, nos hallamos ante una segunda acción, autónoma, pero consecuenta de la nulidad de la condición general impugnada, acogiendo la doctrina establecida por la STS de 14 de marzo de 1974: "Si la acción de nulidad era imprescriptible, tal condición habrán de tener las acciones de ella derivadas".*

*Y en idéntico sentido, razona la SAP de Barcelona, de 4 de marzo de 2002:*

*"La solución en este punto no puede ser otra que la del Juez "a quo", pues la acción ejercitada es de nulidad absoluta (...) y el art. 1.300 CC, que invoca la apelante, se refiere a la acción de anulabilidad de los contratos en que concurren los referidos requisitos, por vicios del consentimiento, etc. El plazo de cuatro años que establece el art. 1.301 CC solo resulta de aplicación a esta última, y no a la de nulidad absoluta, que es imprescriptible, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, pues lo mismo que tales contratos no son*





*susceptibles de confirmación (art. 1.310 CC), tampoco podrían convalidarse por la suerte de renuncia tácita que supondría dejar pasar el tiempo sin pedir la nulidad. Además, otra de las razones que abona la imprescriptibilidad de la acción es que es meramente declarativa.*

*Sentada la inaplicación del plazo de cuatro años que establece el art. 1.301 CC, tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el de quince para la restitución de las prestaciones, pues, si es imprescriptible la acción de nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración nulidad a, que se refiere el art. 1.303 CC".*

*Esta Sala participa del mismo criterio expuesto".*

**Y sentencia número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019** expresamos **"TERCERO.- Sobre la prescripción de la acción.**

*La reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad de la cláusula de gastos al infringir una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas, por lo que la acción, tanto para pedir su nulidad, como los efectos inherentes a la misma, es imprescriptible, no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC que se refiere a la acción de anulabilidad.*

*La consecuencia de la nulidad es la devolución de las contraprestaciones realizadas como consecuencia de dicha nulidad y, aunque, los prestatarios satisficieron una serie de gastos a favor de terceros, se efectuaron por aplicación de una cláusula nula, que de no haber sido impuesta, parte de los referidos pagos los debería haber efectuado la entidad prestamista, por lo que debe equipararse la devolución de contraprestaciones a la reintegración que el prestamista debe hacer a favor de prestatario por un pago indebido e impuesto*





*en una cláusula nula.*

*Pero, aunque se aceptase que la acción es independiente a la nulidad, en ningún caso estaría prescrita, pues el inicio del cómputo deberá efectuarse desde el momento en que se declara nula la cláusula, pues mientras no se declare, no existe acción para reclamar lo indebidamente pagado. Como establece el artículo 121-23.1. del CCC el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. Por lo tanto, sin conocer que la cláusula era nula, lo cual se produce con la declaración judicial, no se iniciaría el plazo prescriptivo”, habiendo reiterado la misma postura en sentencias **número 159/2019 de 6 de marzo de 2.019, número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019, número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019, número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019, número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019, número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019, número 240/2019 de 27 de marzo de 2.019, número 281/2019 de 11 de abril de 2.019 y número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019.***

De conformidad a lo expuesto, no cabe más que confirmar el pronunciamiento judicial de primera instancia, dando por válida la argumentación jurídica desarrollada por la Juez *a quo*, en este sentido, aplicable al caso enjuiciado y que se ajusta plenamente a la línea jurisprudencial de esta Sala.

Por tanto, desestimamos totalmente el recurso de apelación.

**CUARTO-. Costas de la apelación-.** Atendiendo a la desestimación del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición a la entidad bancaria demandada y recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás normas aplicables





## FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D. \_\_\_\_\_, en nombre y representación acreditada de BANCO SANTANDER, S.A contra la sentencia número 1.328/2019 de 13 de septiembre de 2.019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona, en los Autos de Procedimiento Ordinario número 472/2019 **CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE** la misma con expresa imposición a la entidad bancaria apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta y Transitoria Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Excmo. Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Únase la presente al Libro de Sentencias Civiles de este órgano judicial, dejando en las actuaciones, certificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, acordamos y firmamos.

Ilmo. Magistrado-Presidente D.  
Magistrados

e Ilmos.  
D.





Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales)

