



Roj: **STS 4159/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4159**

Id Cendoj: **28079110012024101054**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2024**

Nº de Recurso: **4573/2022**

Nº de Resolución: **1059/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 213/2022,**
ATS 2050/2024,
STS 4159/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.059/2024

Fecha de sentencia: 22/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **4573/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/07/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ÁVILA SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: **4573/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1059/2024

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



En Madrid, a 22 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Santander, S.A., representada por la procuradora D.^a Esther Araújo Herranz, bajo la dirección letrada de D.^a Ángeles Redondo Vives, contra la sentencia n.º 134/2022, de 27 de abril, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 385/2021, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 144/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ávila. Ha sido parte recurrida D. Epifanio y D.^a Teodora, representados por la procuradora D.^a María de las Mercedes Rodríguez Gómez y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Arangüena Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

En nombre y representación de D. Epifanio y D.^a Teodora, se interpuso demanda de juicio ordinario, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ávila, contra la entidad Banco Santander S.A. que concluyó por sentencia n.º 17/2021, de 2 de febrero, con el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Carlos Sacristán Carrero en nombre y representación de D. Epifanio y D.^a Teodora (actualmente representados por la Procuradora D.^a Mercedes Rodríguez Gómez) contra la entidad mercantil BANCO SANTANDER, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO que NO HA LUGAR a la misma; y debo declarar y declaro como determinada la cuantía del presente procedimiento en la suma de 53.426,37 euros.

Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte actora.

2.- El recurso fue resuelto por la sentencia n.º 134/2022, de 27 de abril, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 385/2021, con el siguiente fallo:

"Que, estimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora o demandante D. Epifanio y D.^a Teodora contra la sentencia de fecha dos del mes de febrero del año 2.021 dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila en los autos de procedimiento civil ordinario registrados con el número 144/2.020, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia y en su lugar acordamos:

"1.- Se declara la nulidad parcial por abusividad y falta de transparencia de la estipulación 1.3 del contrato de préstamo con garantía de derecho real de hipoteca multidivisa formalizado entre las dos partes procesales mediante escritura pública otorgada el día trece del mes de julio del año 2.007 ante el notario con residencia en Ávila D. Francisco Ríos Dávila con el número 1.439 de su protocolo y de todos los contenidos relativos a la opción multidivisa existentes en dicho contrato por lo que la suma de dinero adeudada por la parte actora y apelante D. Epifanio y D.^a Teodora a la parte demandada y apelada la sociedad mercantil Banco Santander S.A. es el saldo vivo del contrato de préstamo con garantía de derecho real de hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir a la suma de dinero objeto del contrato de préstamo referenciada a euros la suma de dinero amortizada también referenciada en euros ya sea en concepto de principal o ya sea en concepto de intereses y utilizando como tipo de interés de referencia la misma referencia utilizada en dicho contrato de préstamo con garantía de derecho real de hipoteca (tipo de referencia el euríbor a un año más un diferencial de un punto o de un uno por ciento), destinando el exceso del pago realizado y de las comisiones que en su caso pudieran haberse realizado por el cambio de divisa tras el precitado recálculo a la amortización de capital.

"2.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Banco Santander S.A. a recalcular el saldo vivo o pendiente de amortizar el contrato de préstamo con garantía de derecho real de hipoteca en euros con anulación de las cláusulas multidivisa, como si el citado contrato de préstamo se hubiera concedido en euros y hubiera tenido como índice de referencia el euríbor a un año más el diferencial de un punto o de un uno por ciento pactado desde su inicio, debiendo la sociedad mercantil demandada devolver o amortizar a la parte actora en la forma señalada en el punto anterior del presente fallo las sumas de dinero que se hubieran podido cobrar en exceso desde la indicada fecha (trece del mes de julio del año 2.007) hasta la resolución del presente procedimiento civil a determinar en su caso en el correspondiente incidente de liquidación en fase de ejecución de sentencia sobre las bases expuesta para el caso de que extrajudicialmente existiese controversia sobre cuál fuese la suma de dinero procedente.



"3.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Banco Santander S.A. a eliminar las referidas condiciones generales de la contratación en los aspectos indicados (clausulado multidivisa) del contrato de préstamo con garantía de derecho real de hipoteca, subsistiendo el resto del contrato.

"4.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Banco Santander S.A. a pagar a la parte actora D. Epifanio y D^a. Teodora las costas procesales de la primera instancia.

"5.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta segunda instancia."

TERCERO.- Interposición y tramitación de recurso de casación

1.- En nombre y representación de Banco Santander S.A, se interpuso recurso de casación ante la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ávila.

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 en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de febrero de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2022 por la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.^a, en el rollo de apelación n.º 385/2021, dimanante del juicio ordinario n.º 144/2020 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila."

3.- La parte recurrida presentó escrito de oposición en el plazo concedido al efecto, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2024, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 13 de julio de 2007, D. Epifanio y D^a. Teodora, concertaron un contrato de préstamo hipotecario multidivisa con Banco Santander S.A.

2.- Los prestatarios interpusieron demanda contra el banco, solicitando, con carácter principal, la nulidad parcial de las cláusulas relativas a la multidivisa del préstamo hipotecario, por ser abusivas por falta de transparencia, con las consecuencias derivadas de tal declaración.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, estableciendo que los demandantes no son consumidores, concertándose el préstamo para adquisición de un inmueble destinado al alquiler a terceras personas en la modalidad de turismo rural.

La sentencia del Juzgado establece que la prueba documental permite descartar que el alquiler de tal vivienda a terceros hubiera constituido algo puntual o residual, sin prueba por la parte actora respecto al destino de la financiación para alguna actividad de consumo privado, al margen de la declaración de los actores sobre la adquisición de vivienda para constituir su residencia habitual.

4.- Interpuesto recurso de apelación por los actores, dirigido a la estimación de la acción principal, estimaba vulnerados sus derechos como consumidores, reafirmando tal condición, reiterando la falta de transparencia y desequilibrio del clausulado multidivisa, añadiendo que la cláusula no supera el control de incorporación.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, reconociendo la condición de consumidores de los demandantes en la operación que nos ocupa, y aunque duda que el inmueble financiado con el préstamo sea también el domicilio o residencia habitual de los actores, partiendo del hecho de ser el inmueble financiado el único que destinan al arrendamiento o al alquiler a terceras personas en la modalidad de turismo rural, establece, como consecuencia jurídica, que la parte actora no realiza operaciones de alquiler de manera regular o de manera habitual, o varias de tales operaciones en un corto período de tiempo, faltando el requisito de la habitualidad o de la regularidad, estando ante un acto de consumo.

SEGUNDO.- Recurso de casación

Planteamiento:

1.- Motivo primero.- "Al amparo de lo dispuesto por el artículo 477.1 de la LEC, infracción de los artículos 1.2 y 1.3 de la LGDCU vigente al momento de la contratación del préstamo multidivisa en relación con el artículo

1 del CCOM y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta, a saber: Sentencia nº 356/2018 de la Sección 1ª de 13 de junio, Sentencia nº 230/2019 de la Sección 1ª de 11 de abril, Sentencia nº 16/2017 del Pleno de 16 de enero y Sentencia nº 550/2019 de la Sección 1ª de 18 de octubre. La Sentencia impugnada aplica de manera equivocada la anterior jurisprudencia y considera a los demandantes como consumidores cuando no reúnen los requisitos para ello."

Considera que Tribunal de apelación ha realizado el análisis de la concurrencia de la habitualidad y regularidad atendiendo al número de viviendas que fueron adquiridas por los demandantes para ser destinadas a alquiler, en lugar de hacerlo respecto del número de ocasiones en que la vivienda fue alquilada a terceras personas como "casa rural", extremo éste que es el que determina si la actividad profesional o empresarial se ejerce con regularidad y habitualidad.

2.- Motivo segundo .- "Al amparo de lo dispuesto por el artículo 477.1 de la LEC, infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC y de la jurisprudencia que los interpreta, a saber: Sentencia nº 138/2015 de 24 de marzo, Sentencia nº 222/2015 de 29 de abril, Sentencia nº 367/2016 de 3 de junio, Sentencia nº 123/2017 de 18 de enero y Sentencia nº 124/2017 de 20 de enero."

Se sustenta en el improcedente control de transparencia y abusividad cuando los adherentes no ostentan la condición de consumidores y usuarios, por lo que solamente debiera de haberse llevado a cabo el control de incorporación.

3.- La estrecha relación lógica y jurídica existente entre los motivos aconseja su resolución conjunta.

Decisión de la Sala. Estimación:

1.- La Ley de Consumidores de 1984, vigente en la fecha en que se suscribió el contrato de préstamo, consideraba consumidores a quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el art. 3 TRLCU matizó tal concepto, al afirmar que tenían la condición legal de consumidores las personas físicas o jurídicas que actuaban en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Ambas definiciones, que no son excluyentes (sentencia 1594/2023 de 17 de noviembre), puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial (sentencias 232/2021, de 29 de abril, y 693/2021, de 11 de octubre), deben ser interpretadas a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. Como hemos declarado en las sentencias 533/2019, de 10 de octubre, 12/2020, de 15 de enero, y 808/2021, de 23 de noviembre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan- Jagerberg-Wolfsberg eGen*), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada)."

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada)."

Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero, entre otras.

2.- En la sentencia 1212/2022, de 29 de marzo, que resuelve un recurso en el que se cuestionaba la cualidad legal de consumidora de la prestataria, persona física, en un préstamo que se destinó a la adquisición de un local comercial del que no constaba el destino, declaramos, con cita de la sentencia anterior 16/2017, de 16 de enero, lo siguiente:

"el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos



en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º C.Com".

Como señalamos en la sentencia 364/2016 de 3 de junio, partiendo de la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C- 110/14, "para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante".

3.- En el caso que juzgamos, únicamente ha quedado acreditado en la instancia que el préstamo se concertó por los prestatarios para financiar la compra de un inmueble dedicado al alquiler en la modalidad de turismo rural, es decir al alojamiento asiduo de personas por un precio, poniéndose así de manifiesto que la actividad a la que se destina el préstamo es empresarial, destinándose el inmueble a su explotación hostelera, ya que su cesión para alquiler turístico implica la realización de varias de esas operaciones con frecuencia en un período corto de tiempo, característica de la cualidad de empresario. Por tanto, atendiendo al criterio objetivo de la operación, de acuerdo con la jurisprudencia, prescindiendo de la situación subjetiva de los demandantes, no podemos concluir que los prestatarios actuaran como consumidores, pues el propósito del préstamo no era financiar su necesidad privada como consumidores, sino una actividad empresarial. Es irrelevante que los prestatarios no hayan adquirido otros inmuebles para destinarlos a la misma finalidad, o la extensión o amplitud de su actividad empresarial, pues lo relevante es la finalidad de la operación que concertaron como prestatarios. Al no entenderlo así la sentencia recurrida es incorrecta y el recurso de casación debe ser estimado.

4.- La exclusión de la cualidad de consumidora en la demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio y 230/2019 de 11 de abril; entre otras).

5.- Por tanto, en atención a lo expuesto, asumiendo la instancia, debe desestimarse el recurso de apelación, sin que puedan acogerse los motivos planteados en este recurso para revocar la sentencia del juzgado, destacando que en nuestro derecho la condición de empresario no deriva la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos (sentencia 230/2019 de 11 de abril), y que la actividad empresarial realizada no resulta incompatible con el desarrollo de una actividad laboral por cuenta ajena, justificando la prueba documental aportada con la contestación, como señala la sentencia del juzgado, que el alquiler de vivienda a terceros no era algo puntual o residual, sin existir prueba respecto al destino de la financiación para alguna actividad de consumo privado, al margen de la declaración de los actores sobre la adquisición de vivienda para constituir su residencia habitual, que no se demuestra por la mera justificación de la residencia fiscal en el curso de las actuaciones en el año 2020.

Por otra parte, ejercitándose en la demanda una acción encaminada a que se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario multdivisa, por ser abusiva, y no superar el control de transparencia, sin solicitar los demandantes que no se tuvieran por incorporadas tales condiciones generales sino que se declararan nulas por abusivas, sin denunciar tampoco adecuadamente, por el cauce pertinente, una omisión de pronunciamiento o la falta de exhaustividad de la sentencia dictada por el Juzgado, no pueden pretender los demandantes un pronunciamiento sobre una acción no ejercitada.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, al haber sido estimado, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

2.- La desestimación del recurso de apelación de los actores implica que deban imponerse a la mencionada apelante las costas por su formulación, de conformidad con el art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para la apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

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 el recurso de casación interpuesto por Banco Santander S.A., contra la sentencia n.º 134/2022, de 27 de abril, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 385/2021, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto en nombre de los demandantes contra la sentencia de 2 de febrero de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila, dictada en el procedimiento ordinario 144/2020 confirmando todos sus pronunciamientos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

4.º- Se imponen a D. Epifanio y D.ª Teodora , las costas causadas por el recurso de apelación.

5.º- Se acuerda devolver a Banco Santander S.A el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

6.º- Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ