



Roj: **SAP C 2132/2023 - ECLI:ES:APC:2023:2132**

Id Cendoj: **15030370032023100327**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **12/09/2023**

Nº de Recurso: **725/2022**

Nº de Resolución: **335/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00335/2023

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

-

Teléfono: 981 182082/ 182083 **Fax:** 981 182081

Correo electrónico: seccion3.ap.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: BP

N.I.G. 15030 42 1 2021 0010625

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000725 /2022

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001246 /2021

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: EVA MARIA FERNANDEZ DIEGUEZ

Abogado: ALVARO FERNANDEZ BAERT

Recurrido: Salvadora

Procurador: MARIA DOLORES DOLDAN PALACIOS

Abogado: TOMY PALACIOS MARTINEZ

SENTENCIA

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª María-Josefa Ruiz Tovar, presidenta.

D. Rafael-Jesús Fernández-Porto García

D. César González Castro



En A Coruña, a 12 de septiembre de 2023.

Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 725-2022** interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de octubre de 2022 por el **Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de A Coruña**, en los autos de **juicio ordinario núm. 1246/2021**, siendo parte como **apelante, el demandado, BANCO SANTANDER, S.A.**, con número de identificación fiscal A 39000013, con domicilio en Paseo Pereda, núm. 9, Santander, representada por la procuradora doña Eva María Fernández Diéguez, bajo la dirección del abogado don Álvaro Fernández Baert; y como **apelada, la demandante, DOÑA Salvadora**, provista del documento nacional de identidad nº NUM000, con domicilio en PLAZA000, NUM001 - NUM002, Cambre, representada por la procuradora doña María Dolores Doldán Palacios, bajo la dirección del abogado don Tomy Palacios Martínez; versando los autos sobre condiciones generales de la contratación.

Y siendo magistrada ponente doña María Josefa Ruiz Tovar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando los de la sentencia de fecha 4 de octubre de 2022, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm.7 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Se estima la demanda presentada por la Procuradora Dña. María Dolores Doldán Palacios, en nombre y representación de Dña. Salvadora, contra la entidad BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora Dña. Eva María Fernández Diéguez.

1º.- Se declara la nulidad de la cláusula undécima, gastos, de la escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 17-7-06 (otorgado ante el Notario D. Ramón González Gómez con el número de protocolo 1565).

2º.- Se condena al demandado a tenerla por no puesta y al abono de la suma de 451,83 euros, con los intereses legales.

Se imponen las costas a la parte demandada".

Primero.- Interpuesta la apelación por Banco Santander, S.A., y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la procuradora Sra. Fernández Diéguez.

Segundo.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 22 de diciembre de 2022, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por parte a la procuradora Sra. Fernández Diéguez, en nombre y representación de Banco Santander, S.A., en calidad de apelante y se tiene por parte a la procuradora Sra. Doldán Palacios, en nombre y representación de doña Salvadora, en calidad de apelada. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Tercero.- Por providencia de fecha 27 de julio de 2023 se señaló para deliberación, votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se interpone recurso de apelación por el Banco de Santander invocando la *falta de legitimación pasiva* en relación con los gastos derivados de la escritura de compraventa con subrogación y novación del préstamo hipotecario, pues al tratarse de una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria la parte interesada solo puede ser la prestataria, no conteniendo ninguna cláusula de gastos en cuya virtud se repercutan los mismos a la parte prestataria, sino que se repercuten sobre la compradora.

En concreto, la cláusula impugnada fue la undécima: "los gastos e impuestos de esta escritura serán de cuenta de la parte compradora, excepto el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, que será a cargo de la vendedora".

Al entender de la recurrente los gastos a los que hace referencia tal cláusula, se refieren al contrato de compraventa y no a la parte prestataria, que coincidan en una misma persona, por lo que no debe servir para confundir ambos conceptos.

Sin embargo en contra de lo que sostiene el Banco de Santander (previamente Banco Pastor, Sociedad Anónima) sí formó parte de dicho contrato, como también la promotora del edificio, interesando "a las partes"



realizar por la presente escritura de 17 de julio de 2006: "1º) la compraventa de un piso a la actora, y subrogación de la parte del préstamo a que la misma corresponde.

Se modifican determinadas condiciones aplicables a esta operación del préstamo, en los términos que se dirán, entre otros que del precio de la compraventa (139.500 €), se declaran recibidos por la vendedora 4.500 €, quedando los restantes retenidos por la compradora para abonar el préstamo de que responde la finca que adquiere, siendo titular del mismo la vendedora".

La parte compradora se subroga con carácter liberatorio para la vendedora, en la deuda personal derivada y existente a favor del Banco Pastor S.A. y hasta el importe total de la cantidad retenida del precio ... etc.

No se trata así de una simple sustitución del deudor sino que se pactan determinadas modificaciones, prestando el banco su consentimiento como prestamista.

Por ello no es un caso análogo al contemplado en la STS de 3.5.2022 (nº 356), donde se admitió la falta de legitimación pasiva cuando en la escritura de subrogación no intervenía la prestamista, sino un supuesto donde el banco interviene porque le interesa en una subrogación y novación del propio préstamo (supuestos contemplados en las STS de 15.5.2020 nº 303/2020 "sin perjuicio de aquellos casos en que comparezca el acreedor y se formalice una novación modificativa" y nº 314/2020, de 17 de junio, ambas contemplando la modificación del "plazo de amortización o de otras condiciones financieras").

Se prestó consentimiento por el banco a la cláusula de gastos que nos ocupa, cláusula que le beneficiaba como acertadamente indica la sentencia apelada, en el sentido que todos los gastos del préstamo, incluidos los que a ella le hubieran correspondido, pasaban a ser sufragados por el prestatario.

La argumentación contenida en la sentencia apelada se comparte en su integridad, no pudiendo dudarse con la jurisprudencia actual del T.S. que una cláusula como la que nos ocupa es abusiva.

Como indica la A.P. de Ourense -sección 1ª, en sentencia de 21 de septiembre de 2022-, si en la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, se formaliza una novación modificativa del propio contrato de préstamo hipotecario del que se subroga el comprador, el banco sí se halla legitimado, por lo que no puede aceptarse que los gastos que genere la escritura solo sean en beneficio del prestatario, pues el otorgamiento de escritura pública es un requisito de forma para poder inscribir en el Registro de la Propiedad las nuevas condiciones del préstamo, y siendo la hipoteca novada la garantía de la entidad prestamista, la entidad bancaria no es ajena a dicha operación y resulta la principal interesada en el mantenimiento de la garantía.

Pero es que además en nuestro caso el banco y la parte compradora amplían el plazo de vigencia de la operación del préstamo, modifican el tipo de interés, reducen el diferencial, regulan bonificaciones, límites de variabilidad tipo de interés ... etc. todo lo cual conduce sin más argumentaciones a desestimar el motivo.

Segundo.- En cuanto al retraso desleal en el ejercicio de acciones, tampoco puede ser acogido, siendo la cuestión que nos ocupa ciertamente nueva, con jurisprudencia reciente del TJUE y del TS a fin de recuperar los gastos indebidamente abonados; y nótese además el carácter de orden público de protección del consumidor a fin de excluir cláusulas abusivas en la UE, lo que permite ejercitar la acción una vez que se tiene conocimiento de la misma por el consumidor sin perjuicio de la prescripción de la acción de reembolso que no fue invocada.

Tercero.- Las costas se imponen al recurrente a tenor del art. 398 nº 1 de la LEC.

FALLO

Por lo expuesto, la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña**, resuelve: Desestimando el recurso de apelación articulado, se confirma íntegramente la sentencia dictada por el juzgado de 1ª instancia nº 7 de esta ciudad, de 4.10.2023, con imposición de costas en esta alzada al recurrente.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma puede interponerse recurso de casación para su conocimiento y resolución por la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a lo previsto en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional. Puede formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal. No es admisible la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin formalizar al mismo tiempo recurso de casación (Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El escrito de interposición del recurso se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.



Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente el depósito para recurrir.

Así se acuerda y firma.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María Josefa Ruiz Tovar en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ