



Roj: **SAP PO 2261/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:2261**

Id Cendoj: **36038370012016100527**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **662/2016**

Nº de Resolución: **534/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00534/2016

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0300364

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000662 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000258 /2015

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: JESUS PEREZ DE LA CRUZ DE OÑA

Recurrido: Ignacio

Procurador: MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ

Abogado: ANNIE BUQUET SEGARRA

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.534



En Pontevedra a catorce noviembre de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 258/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 662/16, en los que aparece como parte apelante-demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SAU, representado por el Procurador D. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, y asistido por el Letrado D. JESUS PEREZ DE LA CRUZ DE OÑA, y como parte apelado-demandante: D. Ignacio , representado por el Procurador D. MARIA AUXILIADORA RUIZ SÁNCHEZ, y asistido por el Letrado D. ANNIE BUQUET SEGARRA, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 18 abril 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ruiz Sánchez en nombre y representación de D. Ignacio frente a la entidad BANCO POPUAR y en consecuencia declaro:

1º.-La nulidad de pleno derecho las cláusulas TERCERA BIS, 4 y QUINTA, apartados b, c, d y g, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 23 de mayo de 2007 otorgado por el Notario D. CESAR CUNQUEIRO-GONZALEZ SECO con el número de su protocolo 5.051.

2º.-CONDENO al Banco Pastor a pagar al demandante la cantidad de 3.445,53 euros indebidamente cobrados por aplicación de la referida cláusula suelo, calculados al mes de junio de 2013 así como las cantidades que en lo sucesivo se abonen de forma indebida como consecuencia de la referida cláusula suelo.

3º.-CONDENO al Banco Pastor a pagar a la actora la cantidad de 2.948,96 euros indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula QUINTA apartados b, c, d y g.

4º.-CONDENO a la demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros indebidos cuya garantía hasta la fecha de 6 de julio de 2015 asciende a 1.056,07 euros sin perjuicio del devengo ulterior de intereses legales y procesales que se produzcan hasta el efectivo cumplimiento de la condena.

Las costas serán a cargo de la demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Banco Pastor Popular SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia estima la demanda en que se ejercitan diversas pretensiones de nulidad de varias cláusulas, por abusivas, de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y la devolución de las cantidades correspondientes.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandada.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso se centra en la nulidad de la cláusula 5 c) que atribuye como gastos a cargo de la parte prestataria el impuesto de actos jurídicos documentados. Argumenta la parte apelante que se trata de un gasto atribuido por el ordenamiento al prestatario en cuanto sujeto pasivo, así el art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece como Contribuyente:

Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario .

Ciertamente dicho precepto, desarrolla el art. 8 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , según el cual: .d) *En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario .*

No nos encontramos en el presente caso ante la imposición a cargo del prestatario de determinados gastos de forma genérica e indiscriminada, sino que la cláusula quinta establece los concretos conceptos. En lo que



ahora interesa, no se refiere a la imposición al prestatario de todo impuesto que derive de la operación sino que va concretando, y entre ellos, establece en el apartado c) el impuesto de actos jurídicos documentados.

Ahora bien, la cuestión ha sido resuelta por la STS de 23 diciembre 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma total y absoluta al prestatario. Señala el Alto Tribunal que:

El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto por que contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como por que infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula .

TERCERO . - El segundo motivo del recurso se centra en el cumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia establecidos en la STS de 9 mayo 2013 , entendiéndose que existe, en relación a ellos, un error en la valoración de la prueba. Entiende la parte apelante que la entrega de una oferta vinculante y la puesta a disposición del prestatario de un borrador de escritura garantizan razonablemente el cumplimiento de tales requisitos, tratándose además de una cláusula clara y sencilla.

Al control de transparencia, que es el que se cuestiona en realidad, se refiere el art. 80.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , cuando establece:

" 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

b) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura" (este último apartado, introducido por la Ley 3/2014, de 27 de febrero, se cita a los solos efectos interpretativos, dado que no estaba vigente en la fecha del préstamo).*

Como señala la STS de 9 de mayo de 2013 , en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (cfr. párrafo 211).



De ahí que la citada sentencia concluya, con cita del IC 2000 y de la doctrina sentada en la STJUE de 21 de marzo de 2013:

"a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

El análisis de la escritura del préstamo y de la oferta vinculante no permite afirmar que la repetida condición general de la contratación respete el control de transparencia en el sentido de que la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Especialmente porque en el marco de un interés variable, se le fija un límite que lo convierte en fijo a partir del mismo, sin que quede claro, en modo alguno, su existencia y relevancia ni en la oferta vinculante, en la que se establece en un apartado que se coloca como desarrollo del epígrafe general relativo al interés variable, con múltiples apartados y alguna fórmula matemática (folios 186 a 189), lo que no hace suponer que en su desarrollo pueda llegar a eliminarse tal conceptualización. Lo mismo debe señalarse de la cláusula tercera de la escritura pública de préstamo, en la que, entre los 9 folios dedicados a los intereses, el establecimiento de la cláusula suelo que elimina la condición de interés variables que se anuncia con anterioridad, se encuentra enmascarada entre diversas cláusulas que presuponen, contradictoriamente, un interés variable (folios 41 a 45 vuelto).

La prueba testifical sobre la información suficiente y necesaria y la realización de simulaciones de diversos escenarios no resulta creíble cuando se trata de empleados de la propia apelante y se pretende la prueba de elementos de hecho que, de existir, tendrían su adecuado soporte documental.

Como ha concretado el TS en su sentencia de 8 de septiembre de 2014 en relación a la caracterización del control de transparencia: *En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) .*

Como continúa la meritada sentencia, y es aplicable al presente caso: *En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo .*

CUARTO .- A continuación, cuestiona la parte apelante los efectos de la declaración de nulidad, concretamente la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula que se declara nula desde la fecha de la STS de 9 mayo 2013 , argumentando su buena fe.

Sin embargo, frente a la jurisprudencia sentada por nuestro TS, las alegaciones de la parte apelante sobre la buena fe no pueden prosperar. La modulación que el TS hizo de los efectos de la nulidad de la cláusula que nos ocupa tiene su razón de ser en el orden público económico que tuvo en consideración y en el principio de seguridad jurídica, no en la buena o mala fe de las partes, aunque en la actualidad se encuentra en entredicho ante el TJUE, existiendo, por ahora, un dictamen favorable a su tesis en las conclusiones del Abogado General.



Pero lo que está en discusión es si los efectos pueden retrotraerse con anterioridad al 9 mayo 2013, no con posterioridad a dicha fecha, sobre lo que no existe actualmente controversia jurisprudencial.

Tal es así que la STS 25 marzo 2015 fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " .

Esta doctrina ha sido aplicada correctamente por la juez de instancia, por lo que debe ser confirmada.

El TS ha sido claro en cuanto a la aplicación de dicho efecto desde el 9 de mayo de 2013 a todos los supuestos de nulidad de la denominada cláusula suelo, ya sea el resultado de acciones colectivas o individuales. De forma que toda entidad que se encontrara en la misma situación en cuanto a sus contratos de préstamo, debió adoptar las medidas oportunas, como se deduce de la meritada STS de 25 marzo 2015 cuando señala que:

Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013 ; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

6. La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el párrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

DÉCIMO.- Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia .

QUINTO.- Finalmente, en relación con los apartados b) y d) de la cláusula quinta, relativas a imponer a cargo del prestatario los gastos por aranceles notariales y registrales y la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, argumenta la parte apelante que se cumplen los requisitos de concreción y claridad del art. 80.1 a) TRLGDCU.

En relación con la imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, hemos considerado que de acuerdo con la normativa sectorial la responsabilidad del pago se atribuye al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación. En la generalidad de los casos quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, aunque pueda entenderse, como apunta el recurrente, que también el prestatario puede ser considerado como beneficiario del gravamen o a favor de la que se inscribe el mismo, en la medida en que sin él no obtendría el crédito. Pero en todo caso, nuestra conclusión anterior ha sido que resulta exigible desde un punto de vista abstracto la reciprocidad en el gasto, pues ambas partes se benefician de la intervención notarial o registral, al menos desde una aproximación inicial frente a la norma contractual inserta en una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas predisuestas. Por ello, una estipulación como la transcrita, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predisuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación.

Desde esta consideración entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU), por lo que debe ser declarada nula.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la parte apelante (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



LA SALA

FALLA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ