

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357137

Fax.: 942357143

Modelo: AP004

Juicio verbal (250.2) 0000433/2016 - 00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Torrelavega

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**Nº: **0000112/2017**

NIG: 3908741120160002472

Resolución: Sentencia 000553/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ALAVA, KUTXABANK	LOURDES BLANCO LÓPEZ
Apelado		MARÍA DEL CARMEN TEIRA COBO

SENTENCIA nº 000553/2017

DOÑA MARIA JOSE ARROYO GARCIA (Ponente)
 DON MARCIAL HELGUERA MARTINEZ
 DON JOAQUIN TAFUR LOPEZ DE LEMUS
 DOÑA M^a DEL MAR HERNANDEZ RODRIGUEZ

En Santander, a 08 de noviembre del 2017.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Juicio verbal (250.2), Rollo de Sala nº 0000112/2017, (Ordinario) procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Torrelavega,

En esta segunda instancia ha sido parte apelante representado por el Procurador Sr/a. LOURDES BLANCO LÓPEZ, y defendido por el Letrado Sr/a. ELIAS M. PUENTE SAN MARTIN; y parte apelada-Impugnante CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ALAVA, KUTXABANK, representado por el Procurador Sr/a. MARÍA DEL CARMEN TEIRA COBO, y asistido del Letrado Sr/a. ITZIAR SANTAMARIA IRIZAR.

Es ponente de esta resolución el Itmo. Sr. Magistrado D/Dña. Maria Jose Arroyo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Itmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Torrelavega, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 11 de enero del 2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Que estimo en parte la demanda interpuesta por la procuradora doña Lourdes Blanco López, en representación de don , contra Caja de Ahorros de Vitoria y Alava, KUTXABANK, representada por la procuradora doña María del Carmen Teira Cobo, y:

1º Declaro la nulidad de la cláusula financiera quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 9 de octubre de 2003 en lo relativo a la imposición al prestatario de los gastos correspondientes a notaría y Registro de la propiedad y gastos de tramitación ante el Registro de la propiedad y oficinas liquidadoras.

2º Condono a la demandada a abonar al actor 718,93 €, más el interés legal

Cada parte abonará sus costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Itma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia es recurrida en apelación por la representación legal de D. ; así mismo es impugnada por la representación legal de Kutxabank S.A.

La parte actora ejercita acción de nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por los litigantes en fecha 9 de octubre de 2003, así como de condena al pago de la cantidad de 4.932,54 Euros. La demandada se opone y en primer lugar alega que el actor no tiene la condición de consumidor. La sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las parte el 9 octubre de 2003 en lo relativo a la imposición al prestatario de los gastos correspondientes a notaria y registro de la propiedad y gastos de tramitación ante el Registro de la propiedad y oficinas liquidadoras. Condenando a la demandada a pagar al actor 718,93 Euros más interés legal.

Debe este Tribunal Aclarar que, aunque en el presente procedimiento el demandante solo ejercita acción de nulidad con base en la Ley de Consumidores y usuarios, a conclusiones idénticas a las que a continuación establecemos llegaríamos si la acción de nulidad ejercitada tuviera por base el art. 8.2 de la Ley de Condiciones generales de la Contratación (" en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor".

SEGUNDO. En primer lugar procede examinar el primer motivo de impugnación de la sentencia alegado por la entidad demandada. La misma insiste en que el actor no tiene la condición de consumidor, fundamento su pretensión en que el préstamo estaba destinado a la rehabilitación de una vivienda cuyo bajo iba ser destinado a local para alquiler.

La Sala comparte el criterio del juzgador de instancia.

El Tribunal Supremo en sentencia de 18 enero de 2017 concluye que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física, y ello en base en que la jurisprudencia comunitaria (

STJCE de 10 abril 2008) ha considerado que esa intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de consumidor. Según el Tribunal Supremo, solo cuando la persona física realice esas actividades lucrativas con regularidad, o realice 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. 1.1 C.co. No se acredita de ninguna forma que el actor se dedique habitualmente a la rehabilitación de inmuebles para alquilarlos.

TERCERO. El primer motivo del recurso interpuesto por el actor insiste en la nulidad íntegra de la cláusula quinta, incluido el pago de impuestos y de seguro.

La cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 9 octubre de 2003 dice: "QUINTA. GASTOS serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de la finca hipotecada, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y de Registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y oficinas Liquidadoras de este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación, y todos los derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aunque por ley se impusieran directamente al prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

El art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ley 26 /1984, vigente a la fecha del contrato dice: "se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley... El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrente en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa..."

La disposición Adicional primera contiene una lista de cláusulas que, en todo caso, son abusivas, que el legislador ya ha valorado y calificado como tales sin que sea necesario el análisis judicial del desequilibrio en el caso concreto, bastando con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula.

CUARTO. El control de abusividad viene a implicar una análisis doble, por un lado ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas del la disposición adicional primera de LGDCU, hoy art. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a

efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que presupone querido por la norma legal supletoria.

En relación a dicho control de equidad el TJUE, ofrece cuales son las claves del concepto de "desequilibrio importante" siendo de destacar que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí sino en los "derechos y Obligaciones". Conforme a la doctrina Jurisprudencial de TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (sentencia TJUE de 13 marzo de 2013)

La existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que pueda resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en que ese consumidor se encuentra, como parte del contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicable, ya sea en forma de restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia TJUE de 16 enero de 2014).

QUINTO. Analizando la cláusula quinta del contrato suscrito por las partes, de la dicción de la cláusula se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación de inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaria, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esa misma.

La generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que puedan devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca, además de cualquier otro coste.

El carácter omnicomprensivo de la cláusula- el banco no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario- impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

La cláusula es nula en su totalidad.

SEXO. Procede ahora analizar las consecuencias de la nulidad de referida cláusula quinta, dando respuesta así a los demás motivos tanto del recurso de Apelación como de la impugnación.

Tras la sentencia del TJUE de 14 junio de 2012, la Ley 3/2014 reforma el art. 83 TRDCU y dispone: " las cláusulas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas"

Queda interdictada la moderación o integración por cuanto si el juez nacional tuviera facultad de modificar el contenido de las cláusulas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas no se apliquen frente a los consumidores.

También ha declarado el TJUE que la existencia de una norma de carácter supletorio tampoco puede impedir la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, y las consecuencias derivadas de dicha nulidad.

Procede resolver las consecuencias de la nulidad de la cláusula que nos ocupa de manera que el prestatario ocupe la misma situación que si nada se hubiera pactado en materia de gastos del préstamo hipotecario.

La primera cuestión es que las cantidades las ha abonado, directamente, el prestatario, no son cantidades que haya recibido el banco sino importes satisfechos a terceros (Notario, registrador, gestoría) cuya intervención en la operación ha devengado la obligación de abonar esos aranceles o costes de dichos servicios así como, en el caso del impuesto, cantidades abonadas a la Administración Tributaria por aplicación de la legislación fiscal. No estamos en presencia de prestaciones percibidas o cobradas por el banco y que, por aplicación del art. 1.303 CC, el banco deba restituir con sus intereses.

Declarada la Nulidad de la cláusula la recuperación de los importes ya abonados por el prestatario no forma parte del efecto restitutorio ex lege del art. 1303 CC, sino que vendría a fundamentarse en el derecho indemnizatorio que asiste al prestatario frente al banco, o en la proscripción del enriquecimiento injusto.

Respecto a los aranceles de Notaria y Registro la demandada dice que se impusieron al prestatario en virtud de un pacto entre parte, no se prueba. Se alega que en todo caso sean al 50 %.

El juzgador de instancia aplica el criterio sentado por la sentencia del Tribunal supremo de 23 de diciembre de 2015.

Esta sala añade que al no haber procedido el banco, al incorporar unilateralmente esta cláusula en el contrato, a realizar un reparto equilibrado de estos gastos entre ambas partes, lo que hubiera sido tanto aceptable como razonable desde el punto de vista de las exigencias de la buena fe, no es aceptable que el juez proceda a posteriori a realizar una distribución por cuanto ello, si supondría ejercitar una facultad moderadora interdictada.

Respecto a los gastos de gestoría cabe reproducir los mismos argumentos. No existe norma legal de atribución de los mismos. Al no haberse procedido, en el contrato, a su reparto equitativo, no puede sino atenderse, al criterio del interés económico. La intervención de la gestoría no es necesaria ni obligatoria sólo conveniente en beneficio del banco.

Respecto al seguro

El Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 23 diciembre de 2015 dice: " los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. No se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido de prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro correspond4e al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la ley de Contrato de seguro"

En el supuesto de autos el tomador del seguro fue el actor y él está obligado al pago.

Criterio seguido por esta sección en sentencia de 12 julio 2017.

SEPTIMO. Por último y respecto al impuesto de actos jurídicos documentados.

La normativa aplicable a la operación de préstamo con hipoteca en materia de impuestos en el Real Decreto legislativo 1/1993 de 24 septiembre; el art. 7 se refiere al Hecho Imponible y en su apartado 1.B) señala " la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas , arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas"; el art. 8 establece que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en el contrato : "c) En la constitución de Derechos Reales aquél a cuyo favor se realice este acto; d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario"

El art. 15 dispone que la constitución de fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

El Reglamento del impuesto de transmisiones y Actos Jurídicos documentados (Real decreto 828/1995 de 29 mayo) regula en su Título Tercero Los Actos Jurídicos Documentados, disponiendo en su Capítulo Primero, art. 66, que están sujetos a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes a) los documentos notariales; respecto al hecho imponible el art 67 dice que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales y el art. 68 , respecto al sujeto o contribuyente, dice que lo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquéllos a cuyo interés se expida, aclarando que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario..

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 31 octubre, 20 julio, 20 enero de 2006, ha resuelto en relación con el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados: " que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único.....

La unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º d), en relación con el 15.1 del texto refundido ITP y AJD y en relación asimismo, con el art. 18 del

Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 mayo 1995..." en el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 19 y 23 noviembre 2001, 24 junio 2002, 14 mayo y 20 octubre 2004 y 27 marzo 2006.

La aplicación de las normas tributarias y de la jurisprudencia que interpreta dichas normas conduce a concluir que el impuesto abonado por el prestatario correspondía legalmente al mismo por lo que no puede condenarse a la entidad demandada a su resarcimiento indemnizarle frente aquél.

OCTAVO. Conforme al art.394 y 398 LEC no procede imponer las costas procesales de esta alzada derivas del recurso de Apelación imponiendo las derivadas de la impugnación a la parte impugnante.

Así en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de Apelación interpuesto por la representación legal de D. () y desestimando la impugnación planteada por la representación legal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 1 de Torrelavega, en juicio verbal nº 433/16 (ordinario) y con revocación parcial de la misma debemos declarar y declaramos la Nulidad por abusiva de la cláusula quinta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por las partes el 9 octubre de 2003, confirmando el resto de la resolución. Con imposición de las costas procesales de esta alzada derivadas de la impugnación al impugnante y sin hacer imposición de las derivadas del recurso de Apelación.

Cabe Recurso de Casación y Extraordinario por Infracción procesal.

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