



Roj: **SAP O 3180/2016 - ECLI:ES:APO:2016:3180**

Id Cendoj: **33044370062016100342**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **25/11/2016**

Nº de Recurso: **443/2016**

Nº de Resolución: **340/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Avilés, núm. 7, 12-09-2016,**
SAP O 3180/2016,
STS 1711/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00340/2016

N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2016 0006226

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000443 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.7 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000207 /2016

Recurrente: Juan Manuel , Leonor

Procurador: NURIA ARNAIZ LLANA, NURIA ARNAIZ LLANA

Abogado: CELESTINO GARCIA CARREÑO, CELESTINO GARCIA CARREÑO

Recurrido: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado: LETICIA DELESTAL GALLEGO

RECURSO DE APELACION (LECN) 443/16

En OVIEDO, a veinticinco de Noviembre de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Rianza García y D^a Marta M^a Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N°340/16

En el Rollo de apelación núm. 443/16, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 207/16 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Avilés, siendo apelante **DON Juan Manuel Y DOÑA Leonor**, demandantes en primera instancia, representados por la Procuradora DOÑA NURIA ARNAIZ LLANA y asistidos por el Letrado DON CELESTINO GARCIA CARREÑO; y como parte apelada **BANCO POPULAR**



ESPAÑOL S.A., demandado en primera instancia, representado por el Procurador DON SALVADOR SUAREZ SARO y asistido por la Letrada DOÑA LETICIA DELESTAL GALLEGO; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés dictó Sentencia en fecha 12 de Septiembre de 2016 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo desestimar la demanda interpuesta por D. Juan Manuel Y D^a Leonor , frente a BANCO POPULAR S.A., sin costas."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las partes demandantes, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 23-11-2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El matrimonio actor, en su condición indiscutida de consumidores, ejercitan en la demanda rectora de este procedimiento acción de nulidad basada en la abusividad de la cláusula novena contenida en la Escritura de Ampliación y Novación del Préstamo hipotecario suscrita en fecha 13 de octubre de 2005, con la entidad financiera demandada, postulando el reintegro de las cantidades que se detallan en el hecho sexto y que se afirman abonadas indebidamente por los mismos, concretados en los aranceles Notariales y Registrales, así como el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y todo ello con fundamento en tratarse de una cláusula general de la contratación predispuesta que impone al consumidor indiscriminadamente la totalidad de gastos notariales, registrales e impuestos que no le son exigibles según la normativa reguladora de los mismos, en base a la doctrina sentada al efecto por la STS de 23 de noviembre de 2015 .

Tal pretensión es desestimada en la recurrida con fundamento esencial en que la precitada STS recoge como principio general que la abusividad de estas cláusulas de repercusión de gastos e impuestos deriva del hecho de que imputen al consumidor gastos que conforme a la legislación aplicable no le corresponde abonar por no ser el obligado al pago o sujeto pasivo, de ahí que estime que haya de valorarse en cada caso los gastos que en base a la misma se hayan imputado al consumidor, declarando la abusividad solo si los abonados por este último no le correspondían, abusividad que por ello estimó en este caso no concurría al valorar que, todos aquellos cuyo reintegro se pretende, eran de cuenta de los citados.

Recurren tal pronunciamiento los actores en cuyo escrito de interposición reiteran su pretensión inicial de declaración de abusividad de la citada cláusula de repercusión de gastos e impuestos, bien que ahora acoten el reintegro exclusivamente a la cantidad de 933,80€, (doc. 2 a 4 de la demanda), únicos derivados de la aplicación de la misma, y no a los que también se hacía referencia en el hecho sexto de la demandada, (doc. 5 y 6) en cuanto están relacionados con la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario de la promotora, asumiendo así implícitamente que no guardan los mismos relación causal alguna con la cláusula litigiosa de que se predica la abusividad.

SEGUNDO.- La impugnación se funda en invocar, en primer lugar, que el análisis de la abusividad ha de ser formal o abstracto según la jurisprudencia del TJUE, no viniendo condicionado por el resultado de su aplicación efectiva, de tal forma que en este caso por su redacción omnicomprendensiva de "todos los gastos", ya debe ser reputada abusiva, al margen y con independencia de que los abonados en su aplicación por el consumidor fueran exclusivamente aquellos que le correspondían.

Se insiste también en que se está en presencia de una cláusula o condición general pre redactada e impuesta, no negociada individualmente, a la que es por ello aplicable la normativa reguladora del consumo, al estimar que la presunción que en tal sentido establece el art. 82.2 del TRLGCU no ha sido en este caso desvirtuada por la entidad financiera demandada ni puede derivarse del simple hecho de tratarse el objeto de la Escritura en que se inserta, de ampliación y novación del préstamo hipotecario suscrito inicialmente con la promotora para, finalmente invocar, en base a la doctrina recogida en la ya citada STS de 23 de diciembre de 2015 , que los gastos asumidos y cuyo reintegro se pretende, no pueden ser reputados responsabilidad de los mismos, según la legislación aplicable, como se concluye en la recurrida.



TERCERO.- En relación a la cuestión de determinar si la declaración de abusividad ha de fundarse sin más en la propia literalidad de la cláusula como se postula en el recurso, o bien en función del modo en que la misma ha sido aplicada en este caso, ha de compartirse este segundo criterio aplicado por el Juzgador de Primera instancia.

Ello es así porque siendo cierta la doctrina sentada por el TJUE, en el auto transcrito en el recurso dictado en fecha el día 11 de junio de 2015, conforme a la cual *" cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo"- en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión "*, ello no impide, como razona el precitado auto en su apartado 51, que la declaración de abusividad o no en cada caso haya de hacerse teniendo en cuenta entre otras, todas las circunstancias que concurren en su celebración, criterio que reitera el más reciente de 8 de julio de 2015 (asunto C- 90/2014).

Es por ello que el criterio del Juzgador de abordar el enjuiciamiento de la abusividad en este caso, no desde la estricta literalidad de la cláusula considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma, no puede estimarse sea contrario a la doctrina del TJUE ni tampoco a la invocada del TS, teniendo en cuenta que la sentencia de 23 de diciembre de 2015, en cuya doctrina se funda esencialmente las pretensiones ejercitadas en este caso, enjuicia una acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato y de la existencia o no de negociaciones previas, mientras que en el concreto supuesto enjuiciado, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también, la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma y, en este punto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual.

Debe estarse por ello a la hora de abordar la denuncia de abusividad, como bien se argumenta en la recurrida, al caso concreto, de forma que solo aquellos casos en los que por aplicación de la cláusula litigiosa en la práctica se hayan imputado al consumidor gastos que no le corresponden sino a la entidad financiera predisponente puede y debe ser declarada la abusividad anudando a la misma el derecho al reintegro previsto en el art. 1303 del CCivil, toda vez que el reintegro y consiguiente atribución al predisponente del pago de los concretos gastos reclamados dependerá en cada caso, bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato(caso de los aranceles de Notario y Registrador), o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus efectos, como consecuencia de la negociación individual cuando, como en este caso sucede, no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, al cumplir el mismo el doble control de incorporación y transparencia.

Ello es así, porque en relación a si en este caso ha existido o no esa negociación individual previa de la cláusula litigiosa, debe reputarse acreditada su existencia, no ya solo porque de la prueba testifical practicada a medio del Director entonces de la sucursal en que se comercializo el citado préstamo, así lo pone de manifiesto, sino porque, se trata la Escritura en que se contiene la cláusula litigiosa de una escritura de ampliación y novación modificativa de un préstamo anterior suscrito con la promotora en la que ya se habían subrogado los actores en la propia escritura de compraventa, novación realizada por ello a instancia y por interés de los actores, que fueron los que solicitaron tal ampliación que llevaba aparejada necesariamente el otorgamiento de la Escritura pública para su ulterior inscripción en el Registro. Consta además acreditado con la documental adjuntada a la contestación a la demanda, que con anterioridad a la suscripción de la citada Escritura de Ampliación se hizo a los actores una oferta vinculante ya en el mes de abril del año 2005, cuyo contenido no fue objeto de impugnación en la audiencia previa, en la que se detallaban todas las condiciones del préstamo, figurando la relativa a los gastos claramente diferenciada del resto, en un bloque propio e independiente, con un título que aclara su contenido claramente identificable, en la que con una redacción clara y sencilla, se identifican cuales son los "gastos a cargo del prestatario" y entre ellos se incluyen específicamente los " aranceles notariales y registrales" así como los "impuestos", esto es aquellos cuyo reintegro aquí se pretende.

Es cierto que en la Escritura de Ampliación y Novación de crédito hipotecario, la cláusula litigiosa, es omnicomprendiva "todos los gastos e impuestos", pero seguidamente se acota en la misma que su ámbito de viene aplicado exclusivamente a los "derivados de este otorgamiento", con lo que claramente se esta acotando su aplicación a los derivados de los aranceles de Notario y Registrador, que los actores ya habían asumido previamente con la aceptación de la oferta vinculante, y que conociéndola es la que se refleja en la Escritura.



Es por ello que en este caso no puede estimarse que se hubieran imputado a los actores gastos que no les fueran exigibles, conforme no solo a lo contratado sino conforme a la legislación que regula los mismos lo que impide, por cuanto se lleva razonado y se argumenta en la recurrida, la declaración de nulidad por abusividad postulada en la demanda y con ello la procedencia de reintegro alguno.

En efecto el gasto representado por el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados (doc. 3 de la demanda al f. 46 de los autos), se gira en este caso exclusivamente por el concepto de "ampliación de hipoteca" que, ya se ha razonado, lo fue a instancia de los propios actores, figurando en el documento fiscal correspondiente éstos como sujeto pasivo, lo que es conforme con la legislación que regula la tributación por este concepto, toda vez 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). Estableciendo el art. 15.1 del mismo texto refundido 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. Obligación tributaria a cargo del prestatario que reitera el art. 68 del Reglamento de este impuesto dado que en el mismo al determinar el contribuyente establece que "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".

Es por ello claro que en este caso el pago del impuesto cuyo reintegro se postula, solo corresponde a los actores quedando por completo al margen la entidad financiera demandada, pues no se gira el mismo por la constitución de hipoteca que gravaba el inmueble que ya estaba inscrita cuando fue concedida a la promotora y en la que también se subrogaron los actores, ni por expedición de copias actas o testimonios, que pudiera haber solicitado la entidad financiera demandada, sino única y exclusivamente por la ampliación del préstamo interesada por estos últimos.

Lo mismo sucede con el pago de aranceles notariales y registrales, toda vez que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, vigente en esa fecha, establece que "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente", pues según la normas fiscales el interesado en el otorgamiento y posterior inscripción es el prestatario que además en este caso ha de estimarse fueron los requirentes de este servicio al ser a su instancia y solicitud por lo se amplio la hipoteca para cuya constitución e inscripción era necesario el otorgamiento de la citada Escritura pública.

Por otra parte, dado el planteamiento de la demanda en la que se predica la nulidad de la estipulación abstracta y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, únicos en cuya factura se giran aranceles por copias, se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada por la entidad financiera por lo que no es posible concluir que a ésta correspondía en este caso efectuar algún pago de la misma. Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 13 de octubre de 2005, (doc. 2 al folio 45) fue girada contra los prestatarios actores, como también los gastos de registro (doc. 4 al folio 47), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por los actores, y los gastos soportados por los mismos sin objeción durante mas de 11 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aun mas la procedencia del rechazo de la demanda.

CUARTO.- Las razones precedentes determinan la desestimación del recurso y con ello la obligada imposición de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 2º de la L.E.Civil .

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **DON Juan Manuel Y DOÑA Leonor** contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario que con el número 207/16 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Avilés. Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se



deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ