

Roj: **STS 1292/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1292**Id Cendoj: **28079110012016100183**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/03/2016**Nº de Recurso: **787/2014**Nº de Resolución: **180/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 1294/2014,**
STS 1292/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 573/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario 1964/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador don Enrique Álvarez Vicario en defensa y representación procesal de doña Macarena y D. Segundo ; siendo parte recurrida la procuradora doña María Fuencisla Martínez Minguez en nombre y representación de Monthisa Residencial, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora doña María Fuencisla Martínez Minguez en nombre y representación de Monthisa Residencial, S.A. (antes denominada URPESA, S.A.), interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Segundo y doña Macarena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que declare:

«Por interpuesta demanda en reclamación de la cantidad de tres mil setecientos cinco con ochenta y siete céntimos de euro (3.705,87 ?) mas los intereses y las costas procesales que correspondan».

SEGUNDO.- El procurador don Enrique Álvarez Vicario en defensa y representación procesal de doña Macarena y D. Segundo , contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«Por la que desestimen íntegramente las peticiones formuladas por la actora en su escrito de demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».

TERCERO .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Madrid, dictó sentencia en fecha 22 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora Dª Fuencisla Martínez Minguez, en nombre y representación de la mercantil Monthisa Residencial S.A. (antes denominada Urpesa, S.A.), debo ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados D. Segundo y doña Macarena de las pretensiones deducidas por la parte actora, objeto de este procedimiento. No procede hacer especial imposición de costas procesales causadas.».



CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Monthisa Residencial, S.A., la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: ESTIMANDO el recurso de apelación planteado por MONTHISA RESIDENCIAL SA representada por la Sra. Procuradora Dña. Mª Fuencisla Martínez Minguez contra sentencia de fecha 22 de Marzo de 2013 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid en autos de Juicio Ordinario nº 1964/2010 promovidos a instancia de la citada parte contra D. Segundo y doña Macarena representados por el Sr. Procurador D. Enrique Álvarez Vicario, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida resolución que queda sin efecto, y en su lugar, ESTIMANDO la demanda presentada por MONTHISA RESIDENCIAL SA DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A D. Segundo y doña Macarena , a abonar a la parte actora la cantidad de 3.705,87 euros más sus intereses legales desde la interposición de la demanda. No procede especial pronunciamiento sobre las costas procesales generadas en primera instancia, ni sobre las causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido ».

QUINTO.- El procurador don Enrique Alvarez Vicario, en nombre y representación de doña Macarena y D. Segundo , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente motivo de casación:

Único: Recurso de casación por interés casacional previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración y/o desconocimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (artículo 477. 3) señalando como preceptos sustantivos los que se detallan en el cuerpo del recurso (concretamente artículos 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 julio y los artículos 1255 y 1455 del Código civil).

SEXTO.- Por Auto de fecha 28 de enero de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- La entidad demandante Monthisa Residencial, S.A. dedicada a la promoción inmobiliaria de viviendas, celebró contrato de compraventa elevado a escritura pública en fecha 8 marzo 2005 con los demandados don Segundo y doña Macarena (recurrentes en casación) como compradores, que adquirieron una vivienda y trastero, y dos plazas de aparcamiento, en el conjunto inmobiliario, sito en Madrid, dentro de la promoción llamada «Mirador de Valdefuentes». En el aludido contrato (estipulación séptima) se hacía constar:

«Por acuerdo expreso de las partes, todos los gastos, honorarios, impuestos y arbitrios de cualquier índole que se deriven o se relacionen con el presente contrato, o con su elevación a la escritura pública, serán a cargo del comprador, incluso el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana».

Lo cual constaba asimismo en el documento de reserva de 17 diciembre 2002. Como consecuencia, la entidad inmobiliaria ejerció la acción de reclamación del pago del impuesto sobre el incremento del valor ascendente a 3705,87 €, en proceso monitorio que, ante la oposición de los demandados, se transformó en procedimiento ordinario que es el seguido actualmente y que en este momento se halla en casación.

Esta reclamación basada en la estipulación contractual, redactada en los mismos términos, consta que se ha dirigido a otros compradores.

La parte demandada, los compradores, se han opuesto tanto en primera instancia como en el recurso de apelación, por entender que la cláusula transcrita era nula por tratarse de cláusula abusiva.

2.- La sentencia de primera instancia, del Juzgado n.º 7 de Madrid, 22 marzo 2013 , desestimó la demanda formulada por Monthisa Residencial, S.A., partiendo de que se trata de un contrato anterior a la ley 44/2006, y aplica el párrafo primero del artículo 10 bis de la ley General para la defensa de consumidores y usuarios 26/1984, de 19 julio, redactado por la ley 7/1998, de 13 abril, de condiciones generales de la contratación, que dispone:

«1.-Se considerarán 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».



Considera esta sentencia que se trata de una estipulación no negociada individualmente, inserta en una pluralidad de contratos que limita los derechos de los consumidores. Y el impuesto que se discute es el transmitente quien debe abonarlo ya que es quien percibe el aumento del valor sin que genere beneficio alguno para el comprador.

Esa sentencia fue apelada por la sociedad promotora demandante y la Audiencia Provincial, Sección 18.ª, de Madrid, la revocó por la suya de 3 febrero 2014 . Estimó que la cláusula transcrita no podía estimarse como abusiva y no determina un desequilibrio en las prestaciones; es un pacto normal, casi una cláusula de estilo. Añade que actualmente la estipulación sobre pago de plusvalía se halla prohibida legalmente, pero no anteriormente. Por lo cual estimó la demanda y condenó a los demandados al pago reclamado.

3.- Dichos demandados, compradores, han formulado el presente recurso de casación por interés casacional, aplicando la doctrina jurisprudencial del artículo 10 bis que anteriormente ha sido transcrito, citando sentencias que han desestimado análoga pretensión de la entidad demandante y refiriéndose a sentencias de esta Sala. En motivo único alega la infracción del artículo 10 bis de la ley 26/1984, 19 julio , General para la defensa de los consumidores y usuarios y expone la doctrina jurisprudencial, doctrina que ha seguido en el presente caso la sentencia de primera instancia para, finalmente, interesar la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la dictada en primera instancia.

SEGUNDO .- 1.- Es preciso, antes de entrar en el análisis del recurso de casación reseñar la jurisprudencia reciente de esta Sala dictada en relación con la cláusula abusiva, a la luz de lo dispuesto en el transcrito artículo 10 bis de la ley 26/1984, de 19 julio , redactado por ley 7/1998, de 13 abril, antes de la prohibición expresa impuesta por la ley 44/2006, de 29 diciembre. Cláusula abusiva que impone al comprador el pago del impuesto de plusvalía.

La sentencia de 22 octubre 2014 (recurso 2279/2012), siendo parte también Monthisa Residencial, S.A. dijo, respecto a una cláusula semejante a la del presente caso:

«Pues bien, esa lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produce - como pusimos de relieve en las sentencias 842/2011, de 25 de noviembre , y 97/2014, de 12 de marzo - al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del Real Decreto Legislativo, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado en el precio, al imponer finalmente a la compradora el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía - y cuyo importe, además, éste no conoce en la fecha de celebración del contrato, soportando, por ello, una incertidumbre sobre el alcance de su obligación. Además, conforme a una concepción ética y objetiva de la buena fe, en el sentido de modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, procede valorar la desigualdad de las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula litigiosa generó y el defecto de información que su aplicación implica - no obstante las razones expuestas por la propia recurrente - para considerarla como un supuesto de ausencia de buena fe en la parte vendedora».

La de 12 marzo 2014 (recurso 184/2012) había mantenido la misma doctrina (en un caso también de Monthisa Residencial, S.A) en estos términos:

«Declaramos en la sentencia 824/2011, de 25 de noviembre , que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, no es aplicable retroactivamente. Sin embargo - al igual que sucedió en el caso enjuiciado en la mencionada sentencia - es lo cierto que el Tribunal de apelación no aplicó ninguna norma de dicha Ley, sino que declaró abusiva la cláusula litigiosa conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis, apartado 1, de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en la redacción vigente en la fecha del contrato, esto es, en la reformada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación».

Igualmente, la de 25 noviembre 2011 (recurso 438/2009, ya había dicho:

«Es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana -que es el tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título (arts. 105 Ley Reguladora de las Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, vigente hasta el 10 de marzo de 2004 ; art. 104 del Texto Refundido de la Ley Reguladora aprobado por R.D.Legislativo 2/2004, de 5 de marzo)- el sujeto pasivo (arts. 35.1 y 36.1 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre) es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor -mayor valor adquirido por el inmueble- y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte



del vendedor. Por consiguiente al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que limita los derechos de los consumidores recibe la sanción de la nulidad que le impone el art. 10 bis de la Ley 26/1984 y que convierte en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata (SS. 30 de marzo de 2002, núm. 277 ; 3 de noviembre de 2006 , núm. 1079); que en el caso se refiere al Impuesto de Plusvalía».

Las sentencias de 3 noviembre 2006 (puso 602/2000) y 2 marzo 2011 (recurso 33/2003) mantienen, en supuestos distintos al presente, el carácter abusivo de cláusulas que limitan los derechos de los consumidores o les causan, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

2.- El recurso de casación interpuesto por los demandados compradores se ha interpuesto por interés casacional por oposición con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en una serie de sentencias que cita y transcribe en la parte que aquí interesa.

El motivo único se formula por vulneración del artículo 10 bis de la ley 26/1984, de 19 julio , precepto que ha sido transcrito anteriormente.

El motivo debe ser estimado, ya que, aplicando esta norma, la cláusula también transcrita debe estimarse abusiva.

En primer lugar, porque, conforme al principio de la buena fe produce desigualdad de la parte vendedora frente a la adquirente y desequilibrio en el contenido económico del contrato, como dice la sentencia de 22 octubre 2014 .

En segundo lugar, el impuesto que grava el incremento del valor y se pone de manifiesto al tiempo de la transmisión de la propiedad, es al transmitente a quien se le impone su pago puesto que es quien percibe el aumento de valor, sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, desequilibrio que destaca la sentencia de 25 noviembre 2011 .

En tercer lugar, ya existe una jurisprudencia consolidada (algunas sentencias relativas a esta misma entidad promotora) que declaran abusiva esta cláusula que traslada al comprador un importe que corresponde al vendedor.

En cuarto lugar, a modo de interpretación y no de aplicación pues no cabe su retroactividad, la ley 44/2006, de 29 diciembre, declaró abusiva la estipulación que ahora se discute, tal como menciona la sentencia de 12 marzo 2014 .

3.- Consecuencia de su carácter abusivo, que aquí se reitera, debe declararse su nulidad, tal como dispone el citado artículo 10 bis en su apartado 2:

«serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo»

TERCERO .- 1.- Estimándose el motivo único del recurso de casación, se debe dar lugar al mismo y al casar la sentencia de la Audiencia Provincial, se debe, en su lugar, desestimar la demanda, lo que supone confirmar la sentencia dictada en primera instancia que la había desestimado.

2.- En cuanto a las costas, se mantiene el pronunciamiento que se dictó en primera instancia. En el recurso de apelación que había formulado la entidad demandante y que ahora se desestima, procede su condena en costas. No procede condena en las costas causadas en el presente recurso de casación, que se ha estimado.

El depósito le será devuelto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Macarena y D. Segundo , contra la sentencia dictada por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 3 de febrero de 2014 , que se casa y anula.

2.º En su lugar, confirmamos y hacemos nuestro el pronunciamiento dictado en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Madrid, de fecha 22 marzo de 2013 en autos de procedimiento ordinario número 1964/2010, desestimatorio de la demanda que había formulado Monthisa Residencial, S.A.

3.º En cuanto a las costas se mantiene el pronunciamiento de primera instancia. Se condena en las costas de segunda instancia a la mencionada entidad demandante, que fue apelante. No se hace condena en las costas del presente recurso de casación. Devuélvase el depósito a la parte recurrente.



Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ