

SENTENCIA

En GRANADA, a catorce de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sra. Dña. MARIA JOSE RIVAS VELASCO, MAGISTRADA-JUEZ del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº14 DE GRANADA, habiendo visto y oído el procedimiento ordinario nº promovido por la Procuradora D^a. en representación de D., y defendidos por el Letrado D. VICTOR BAZAGA CEBALLOS, contra TARGOBANK S.A., representado por la Procuradora D^a. y defendido por el Letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación de la parte actora interpone demanda de juicio ordinario frente al demandado solicitando se dicte sentencia por la que se:

- Declare la nulidad de la condición general de la contratación que limita la variabilidad del tipo de interés, es decir, de la cláusula suelo del 3,50 % incluida en el contrato de préstamo hipotecario aportado como documento núm. 1.
- Condene a la entidad a la devolución a la prestataria de la cantidad de **13.272,50 €** que (s.e.u.o.i) han sido abonados de más en concepto de intereses como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo del 3,50%, incrementado en el interés legal desde la fecha de cada cargo.
- Declare la nulidad, por abusiva y por vulneración de normas imperativas, de la Cláusula 5.1.2 de la referida escritura de préstamo con garantía hipotecaria.
- Condene a la entidad al abono de 3.586,87 euros abonados indebidamente por sus mandantes como consecuencia de dicha estipulación, en concepto de gastos e impuestos por AJD del derecho de hipoteca. Incrementado en el interés legal desde la interpelación judicial.
- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.

Segundo.- Trasladada a la demandada, ésta comparece en autos en tiempo y forma y se opone a las pretensiones formuladas de contrario alegando los hechos y fundamentos de derecho que damos por reproducidos.

Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa, ésta se celebra sin avenencia, y solicitando ambas el recibimiento del pleito a prueba, se admiten las declaradas pertinentes, quedando los autos vistos para sentencia.

Tercero.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habida cuenta los escritos de demanda y contestación, la cuestión que quedó debatida se ciñe a la determinación del carácter negociado de la cláusula, la existencia o no de transparencia en la cláusula cuya nulidad se pretende, así como la procedencia o no de la nulidad de la cláusula relativa a los gastos en lo relativo al abono de la cantidad reclamada en concepto de impuestos.

Al respecto de la cláusula que limita la variabilidad del tipo de interés en 3'25%, ha de indicarse que el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 08 de junio de 2017 (ROJ: STS 2244/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2244), en lo relativo a los efectos que ha de producir la acción de cesación estimada frente a esta entidad demandada respecto de la misma cláusula objeto de litis, entendió la existencia de un efecto perjudicial positivo, en el sentido que, resumidamente expone en el punto 10 del fundamento derecho segundo en los siguientes términos: "10.- La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios de la parte en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual. En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que Banco Popular hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara, en línea con los criterios establecidos en nuestra sentencia 241/2013, no solo la existencia de la cláusula suelo sino también su trascendencia en el desarrollo del contrato, de modo que el consumidor pudiera tomar plena consciencia, sin necesidad de un análisis exhaustivo del contrato, de que no estaba contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo en el que la variación a la baja del interés resultaba limitada por la existencia de un suelo."

Aplicado tal criterio supuesto objeto de litis, y no constando acreditado por parte del demandado y los conocimientos especiales de la parte demandante en la existencia de información pre contractual suficiente en los términos referidos por esta sentencia habida cuenta que el contrato se concertó con Banco Popular, procede estimar la acción que ejercita la parte actora.

Tercero.- En lo relativo a la cláusula que impone los gastos al prestatario recogida en el apartado quinto de la escritura de préstamo hipotecario, la sentencia de pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 se refiere expresamente a la cláusula objeto de discusión: "En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión a

consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos

derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso. 3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. 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 porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque 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."

En aplicación de la mencionada jurisprudencia procede declarar abusiva de la cláusula relativa a gastos relativos a la constitución del préstamo hipotecario que se recoge en el apartado quinto de la mencionada escritura, ya que los devengados como consecuencia de la intervención notarial, registral y de gestoría deriva de la constitución de la hipoteca, son consecuencia de la constitución de la garantía establecida en beneficio exclusivo del acreedor y por tanto la repercusión a la parte demandante mediante la inclusión en el contrato como condición general de la contratación, es contraria a la normativa protectora de consumidores en los términos que expuesto el Tribunal Supremo y que han sido resumidos.

Abogados y Economistas

En lo relativo a la reclamación de nulidad de la cláusula relativa a la imposición de abono al actor de " impuestos, gastos y tributos presentes y futuros, que quedaba en la operación, sus modificaciones y cancelación incluidos aquellos impuestos que el obligado al pago sea el banco.", es evidente que conforme a la interpretación referida, resulta nula por imponer al demandante en su perjuicio, el abono de impuestos cuyo sujeto pasivo según la normativa tributaria aplicable no es él mismo.

En concreto, el presente consta el abono por parte del demandante de la liquidación completa del impuesto de actos jurídicos documentados (documentación aportada por ésta), cuando según la normativa que le es aplicable en concreto, conforme al artículo 8. c) en relación con el artículo 28 de Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el demandante únicamente hubo de abonar el tributo correspondiente a la constitución de la operación de préstamo, mientras que el demandado debió de abonar la correspondiente a la constitución del derecho de hipoteca y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que solicitó para tal fin.

Sin embargo en el presente procedimiento la demandante ha solicitado la totalidad de la liquidación abonada sin diferenciación entre la parte que debió de soportar ella de la que debió de ser abonada por la parte demandante, debiéndose en consideración a dicha circunstancia y el necesario efecto jurídico anudado a la declaración de nulidad de la cláusula, de estimar la pretensión de ésta si bien limitada a la cantidad que abonó por cuenta del demandado al ser éste el sujeto pasivo de parte de la liquidación presentada al unísono, cantidad que quedará determinada en ejecución de sentencia conforme a las presentes bases.



Cuarto.- En lo relativo a los intereses ha de estarse al artículo 1.108 del Código Civil, devengando desde cada abono al tipo legal.

Quinto.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina las reglas para la imposición de costas, debiendo recaer sobre la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente desestimadas, y en este caso han de imponerse a la demandada, en tanto que las declaraciones de nulidad pretendidas ha sido estimadas en su totalidad aun cuando haya de diferirse trámite de ejecución de sentencia la determinación de la cantidad relativa al importe que debió de abonar el prestatario concepto de impuestos.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Abogados y Economistas

FALLO

Estimando la demanda formulada por la representación de d.
y frente a Targobank S. A. debo declarar la nulidad de la estipulación que establece el límite de la variación a la baja del tipo de interés en el 3'25 % y debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 13.272,50 € más los intereses legales de dicha cantidad desde cada cargo.

Debo declarar y declaro la nulidad de la estipulación 5. 1. 2 de la referida escritura pública condenando a la entidad a pagar la cantidad de 735,1 euros, así como la cantidad que se determine en ejecución de sentencia abonada por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados para la constitución del derecho de hipoteca y la expedición de las copias, actas y testimonios que solicitó el demandado, así como los intereses legales devengados desde el pago, imponiendo las costas a la parte demandada.

Póngase esta resolución en el libro de sentencias de este Juzgado, y llévese certificación de la misma a las actuaciones.

Contra la presente resolución, que se notificará a las partes en legal forma, cabe recurso de apelación en el plazo de 20 días para/ante la Ilma. AP de Granada, de conformidad con el artículo 458 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia la pronuncio, mando y firmo.-

