



J.PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE TORREMOLINOS (ANTIGUO MIXTO Nº1)

AVDA. PALMA DE MALLORCA, 24

PRIMERA PLANTA

Tlf.: 600155129/130/952919106/09. Fax: 951045321

Email:

NIG: 2990142C20170003753

Procedimiento: Proced. Ordinario (Contratación -249.1.5) 6. Negociado: AR

Sobre: Condic. generales contrato financ. garantía real inmov. prestatario pers. física

De: D/

Letrado/a Sr./a.: VICTOR BAZAGA CEBALLOS

Contra D/ña.: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Letrado/a Sr./a.:

SENTENCIA

En Torremolinos, a diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, Dña. Marina Carmen Palomo Moreno, Magistrada Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de esta localidad, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO nº sobre condiciones generales de la contratación**, a instancia de D.

,
representados por el Procurador Sr. y asistidos por el Letrado Sr. Bazaga Ceballos, contra la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la Procuradora Sra. y asistida por la Letrada Sra. .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La papeleta de demanda que da inicio a este juicio se presentó el día 30/05/2017 y por turno de reparto correspondió su conocimiento a este Juzgado el día 05/06/2017.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en un plazo de veinte días hábiles, lo que efectuó.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa el día 17/01/2018, con la comparecencia de ambas partes debidamente asistidas y representadas, se propuso y admitió únicamente prueba documental,



. Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

23/01/2018

ID. FIRMA

1/12



por lo que quedaron los autos vistos para sentencia, una vez formularon sus conclusiones los comparecientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, en la demanda origen de estos autos, se pretendía por la parte actora, D. y Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la declaración de nulidad por su carácter abusivo e infracción de normas imperativas de la estipulación 5.1.2 de la cláusula primera, por la que se impone al prestatario la totalidad de los gastos de formalización de la hipoteca suscrita con la entidad bancaria demandada, Banco Popular Español S.A., con invocación de la normativa protectora de consumidores y usuarios, así como de la jurisprudencia relacionada; y, como consecuencia de dicha declaración de nulidad, la condena al pago de la demandada de la cantidad de 5.094'32 euros satisfechos por la parte actora como consecuencia de la imposición de la referida cláusula, más el interés legal a contar desde la interpleación judicial.

La entidad bancaria demandada se opuso a la demanda, alegando que es válida la referida cláusula; que es a la parte actora a la que correspondía el pago de los gastos reclamados; y la falta de jurisdicción para dictar una resolución en relación con el pago del impuesto de actos jurídicos documentados, que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, la parte demandada alegó la excepción procesal de cosa juzgada, la cual ya fue rechazada en el acto de la audiencia previa, ante la falta de identidad de objeto con relación al pleito anterior referido por la demandada, que versaba exclusivamente sobre la conocida como cláusula suelo.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, nos encontramos con que la cláusula quinta de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 01/08/2007, acompañada a la demanda, señala lo siguiente: “5.1. Serán de cuenta del prestatario los siguientes gastos:

5.1.1. Gastos preparatorios de la operación: Los gastos contenidos en el presente apartado serán a cargo del solicitante aún cuando el préstamo no llegue a formalizarse:



Código Seguro de verificación:

. Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

23/01/2018

ID. FIRMA

2/12



- Gastos de tasación del inmueble.
- Gastos de verificación de la situación registral del inmueble.

5.1.2. Los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del presente contrato, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de una primera copia para el Banco, así como los que origine su modificación o cancelación y los gastos e impuestos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso, de las obras e instalaciones, conforme a la cláusula SEGUNDA.

5.1.3. Los tributos y arbitrios de cualquier tipo que afecten a la finca hipotecada, las primas del seguro a que se refiere el apartado 5.2.1 de esta Cláusula, los gastos de comunidad y los gastos derivados de las obras, reparaciones y demás actos necesarios reflejados en el apartado 5.2.3 de esta Cláusula.

5.1.4. Los gastos y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que el Banco entable para exigir el pago o el cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio y de mejor derecho, honorarios de Letrado y derechos de Procurador que utilizare, aunque no fuera preceptiva su intervención, pudiendo ser anticipadas todas esas cantidades por el Banco a cargo de la parte deudora.

5.1.5. Los gastos de envío de correspondencia, que el Banco les podrá repercutir de acuerdo con la tarifa oficial del Servicio de Correos vigente en cada momento.

El Banco podrá realizar los anteriores gastos por cuenta del propietario y a costa del deudor. Todas las cantidades que el banco anticipe por estos conceptos devengarán un interés demora igual al establecido en el apartado 6 de esta Cláusula a contar desde que fueron anticipadas, si no son satisfechas por la parte deudora en los tres días siguientes a aquel en que las reclame el Banco”.

Sobre este tipo de cláusula, tal y como señala la parte actora en su demanda, ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que establece lo siguiente al respecto:



. Permite la verificación de la integridad de una

FIRMADO POR		FECHA	23/01/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	3/12



2.- *La cláusula cuestionada es del siguiente tenor: " Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.



FIRMADO POR		23/01/2018	
ID. FIRMA		4/12	



El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9ª.

Decisión de la Sala :

1.- 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 al 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



FIRMADO POR		FECHA	23/01/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	5/12



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



FIRMADO POR		23/01/2018	
ID. FIRMA		6/12	



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.

4.- En lo que atañe a 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. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU,



FIRMADO POR		23/01/2018	
ID. FIRMA		7/12	



sino de 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 corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las



FIRMADO POR

ID. FIRMA



consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.”

TERCERO.- No cabe duda de que la aplicación al supuesto que nos ocupa de los argumentos jurídicos referidos en los puntos 1 a 3 de la decisión de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en la meritada Sentencia, nos debe llevar a considerar nula por abusiva la cláusula de litis, en lo concerniente a los gastos derivados de la constitución del préstamo hipotecario de litis en cuanto a aranceles notariales y registrales e impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Por lo que respecta a los gastos por honorarios de la gestoría, siendo instrumentales de los de inscripción registral, como se viene a reflejar en la factura, de tal manera que se han empleado para lucrar una atribución de desequilibrio injusto (art. 82 TRLDCU), o para asignar al consumidor el coste de documentación y trámite que correspondía al empresario (art. 89.3), por ello igualmente recae en abuso.

Respecto a la consecuencia de la declaración de nulidad de una determinada cláusula o de fragmentos de la misma contenidos en la escritura por razón de su abusividad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, que impone a las partes la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato, esto es, las cantidades satisfechas por el prestatario-consumidor en aplicación de las cláusulas o apartados declarados nulos en aplicación del art. 83 de la LGDCU (que recoge prácticamente el mismo contenido que al antiguo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de la suscripción del contrato que nos ocupa) y el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

Así las cosas, la entidad bancaria demandada deberá ser condenada a abonar a la parte actora los gastos de litis satisfechos por la misma, por aplicación de la referida cláusula, esto es, CINCO MIL NOVENTA Y



FIRMADO POR

ID. FIRMA



CUATRO EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (5.094'32), cantidad no controvertida; y que, resulta, en todo caso, de la documental acompañada con la demanda, cuya autenticidad no ha sido impugnada de contrario.

El hecho de que tal suma fuera cobrada por diferentes terceros ajenos al procedimiento no es óbice para que la entidad demandada deba devolver a la parte actora la cantidad satisfecha, toda vez que ha de recordarse que en el presente procedimiento no se está enjuiciando la procedencia o no del cobro de estas cantidades por los profesionales intervinientes en tal cobro, sino la validez, en términos de abusividad, de la repercusión que la entidad bancaria demandada hizo de los gastos a la parte demandante.

Por último, en cuanto a la invocada falta de jurisdicción en relación con el pago del impuesto de actos jurídicos documentados ha de rechazarse, no sólo porque no se ha planteado en tiempo y forma declinatoria de jurisdicción; sino porque, en todo caso, a través de la presente litis lo que se está enjuiciando, al amparo de la normativa tuitiva de consumidores, es un pacto entre un profesional y un consumidor sobre la repercusión de la cantidad abonada por tal concepto, no la relación tributaria entre la Administración y el contribuyente.

CUARTO.- En cuanto a los intereses, la parte actora solicita expresamente la imposición a la demandada de los legales a contar desde la interpelación judicial.

De conformidad con lo establecido en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, y artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo incurrido la parte demandada en mora, procede condenarla al pago de los intereses legales de la suma objeto del principal desde la interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución.

QUINTO.- En cuanto a las costas, estimada la demanda, procede su imposición a la parte demandada, de conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO



FIRMADO POR

ID. FIRMA



Que, **estimando** la demanda formulada por D. Peña y Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representados por el Procurador Sr. xxxxxxxxxxxxxx, contra la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la Procuradora Sra. xxxxxxxxxxxx, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad, por infracción de normas imperativas y por tener carácter abusivo, de la estipulación 5.1.2 de la cláusula primera, por la que se impone al prestatario la totalidad de los gastos de formalización de la hipoteca suscrita con la entidad bancaria demandada; y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de CINCO MIL NOVENTA Y CUATRO EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (5.094'32), en concepto de gastos satisfechos por la parte actora en aplicación de la referida cláusula; más los intereses legales desde la interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución. Ello con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación en el término de los veinte días siguientes al de su notificación. Para lo que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en cuanto al depósito de determinada cantidad de dinero, en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual fue añadida mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe. .



FIRMADO POR		23/01/2018	
ID. FIRMA		11/12	



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



FIRMADO POR			23/01/2018
ID. FIRMA			12/12