

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 25
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14° - 5°

N.I.G.: 46250-42-1-2018-0042195

Procedimiento: Asunto Civil [REDACTED]

S E N T E N C I A N°87/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D. [REDACTED] A

Lugar: VALENCIA

Fecha: veintiuno de enero de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: LOPEZ BORRELL, ALEJANDRO MARIA

Procurador: PLAZA BUQUERIN, DAVID

PARTE DEMANDADA CAIXABANK SA

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de la parte actora, en la representación indicada, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó, en el sentido que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa, se comprobó que subsiste el litigio, por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Por la demandante y demandada se propuso, documental por reproducida la acompañada a sus respectivos escritos. Una vez admitidas las pruebas pertinentes, por la partes se indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429,8 LEC, queden los autos para sentencia, lo que así se dispuso y quedó el juicio concluso para dictar sentencia.

CUARTO.-En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Con la demanda rectora de estos autos, interesa la parte demandante [REDACTED], frente a CAIXABANK SA, que se declare la nulidad de la cláusula de gastos de las estipulaciones financieras de la escritura pública de compraventa con subrogación y modificación otorgada el 26 de noviembre de 2009 , por ser una cláusula abusiva, establecida sin negociación, por la que se impone el pago de todos los gastos de la formalización de la hipoteca, sin distinción, al prestatario y causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Asimismo, como consecuencia de esta declaración, se insta la condena de la demandada a reintegrar las cantidades pagadas como consecuencia de la formalización de la hipoteca, en relación la cantidad señalada. Si bien en la audiencia Previa concretó dicho importe en la cantidad señalada.

Digula forma interesa la nulidad de la cláusula de interes moratorio, con restitución de la cantidad que indica.

En base a lo dispuesto en el art. 83 y 89.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con art. 5, 7 y 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La parte demandada, sostiene la validez de la cláusula, que existió negociación y que es el prestatario, el obligado al pago de los gastos.

SEGUNDO.-En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las cláusulas, y el control al que pueda ser sometida, debe tenerse presente conforme al artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Resulta por tanto, que como así se desprende de la sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo, es requisito, entre otros, para que una cláusula pueda ser calificada como condición general de la contratación, que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

Señala la indicada sentencia n.º 241/2013, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y también se dice en esta sentencia, que "la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

Resulta por tanto que es el empresario o profesional quien debe pechar con la carga de probar que la cláusula contractual se ha negociado individualmente.

Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso, como se exigen en la sentencia 265/2015 del Tribunal Supremo, de 22 de abril, "(...) que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta."

Así las cosas, puesto que no consta la negociación individual de la cláusula de autos, deben calificarse de condición general de la contratación, pues se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina. Requisitos que según la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, son: a) La contractualidad, es decir que se trate de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no derive del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. c) La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato

nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. Y d) la generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Dicho esto, resulta que la mera aportación del documento en que se solicita la operación, la simple liquidación de la provisión de fondos, o la entrega de una oferta vinculante (aportadas junto a la escritura de autos), no puede sin más deducirse que las cláusulas atacadas son fruto de la exigida negociación individual, como tampoco de la intervención de Fedatario Público en el otorgamiento, tal y como señala la Sección 9ª de la Audiencia provincial de Valencia en Sentencia 374/2018, de 4 de mayo.

TERCERO.- Cláusula de Gastos. En lo que se refiere al análisis del carácter abusivo de la cláusula, 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), 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).

Del contenido de las SSTs de fechas 23 de diciembre de 2015 (Fundamento Jurídico Quinto letra h) y 23 de enero de 2019 (Fundamentos Jurídicos Séptimo y Noveno), así como la SAP de Valencia (Secc 9ª) de 21 de noviembre de 2017, en lo que hace referencia al gasto de tasación (Fundamento Jurídico Sexto), se considera abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

.- Notaria-Registro de la Propiedad

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, 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 -si bien debe tenerse en cuenta su carácter inescindible STS 10-12-2007)-, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas de la hipoteca.

.- Gestoría

Cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, por lo que la imposición a una sola de las partes en cláusula no negociada individualmente, ocasiona un desequilibrio entre las partes determinante del carácter abusivo de la misma

.- Tasación

Si en tal trámite, junto a la parte prestataria, está igualmente interesado y beneficiado la parte prestamista, tal y como responde a la propia naturaleza y fines de dicho trámite, la imposición de su coste, vía cláusula no negociada, exclusivamente, al prestatario es contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor rellenando el carácter de abusividad general (artículo 82 TR-LGDCU) y la específica que automáticamente produce el carácter abusivo del artículo 89-3 del mismo texto legal.

.- Impuestos

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. De esta forma contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c), que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago.

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, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer 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 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 es suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta adecuada la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU.

No obstante en el presente supuesto se trata de una escritura de compraventa con subrogación y modificativa del préstamo, de tal forma que consta que en la primera escritura interviene la sociedad "Libertas 7, SA" en calidad de transmitente y los prestatarios, hoy actores, adquiere la vivienda que transmite, subrogándose en el préstamo hipotecario que dicha mercantil tenía concertado con la entidad demandada, modificando cláusulas del mismo.

Tiene señalado la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9ª), que en los supuestos de escritura pública de compraventa con subrogación y modificación procede aplicar los criterios previstos en las Sentencias de 7 de febrero de 2018, 21 de mayo de 2018 y 10 de abril de 2018: *"Los gastos e impuestos derivados exclusivamente del negocio de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario no pueden ser concedidos a la parte demandante, ni el banco demandado está obligado a restituirlos. Este ha sido el criterio que hemos seguido desde la reciente sentencia de esta Sala, SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 7 de febrero de 2018, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1521/2017 , después citada en la dictada por ésta Sección para solución del Rollo 1506/2017 con número 229/18, de 27 de marzo de 2018, sobre la base de que ese primer negocio que contiene la escritura es una compraventa*

inmobiliaria con la transmisión de la carga hipotecaria que necesariamente debe efectuarse por escritura pública y con acceso al Registro de la Propiedad, en el que la hipoteca ya está constituida y registrada. Por ello, a este negocio no es de aplicación el razonamiento contenido en la STS de 23 de diciembre de 2017, ni en nuestras Sentencias de 21 de noviembre de 2017 y 14 de diciembre de 2017. El carácter abusivo de los pactos que imponen al comprador (no al prestatario) el pago de los gastos e impuestos derivados de la compraventa debe resolverse entre comprador y vendedor, pues a ellos es ajeno el banco que se limita a consentir la subrogación en el préstamo y es ajeno por completo a la compraventa"

De igual forma debe atenderse a lo señalado por la AP de Valencia, secc 9ª en Sentencia de 19 de junio de 2019, respecto a la novación existente en la escritura.

En relación a la escritura, se trata de una escritura de compraventa con subrogación, se incluye en la misma un pacto novatorio que afecta a elementos sustanciales de la operación jurídica, de tal forma que en relación a dicho elemento de la escritura y de conformidad con las SSTS de 23 de enero de 2019, le resulta de aplicación la doctrina antes señalada.

Si bien a la vista del contenido de las facturas aportadas y dado que en las mismas no se señala de forma metódica a que operación responde cada concepto, sin haber practicado otra prueba en dicho sentido, procede fraccionar en tres el importe de dichas facturas en relación a cada uno de los tres negocios jurídicos (compraventa-subrogación-novación) y a la fracción correspondiente a novación aplicarle los porcentajes que se señalan a continuación

Por lo expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula impugnada de acuerdo con lo solicitado en la demanda.

En lo que se refiere a las consecuencias de la declaración de nulidad, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en SS de fecha 23 de enero de 2019, "No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el

profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.”.

De igual modo en las indicadas resoluciones el Alto Tribunal ha determinado los criterios para la distribución de los gastos e impuestos de la operación, estableciendo para los aranceles notariales el criterio de: “es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento”; aranceles de registro: “en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista”; gastos de gestoría: “el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc 9ª), de fecha 21 de noviembre de 2017, determina en relación a los gastos de tasación que este gasto debe ser abonado a partes iguales entre los contratantes, al realizarse su intervención en interés de ambos.

En el presente supuesto tras la modificación operada en la audiencia previa se han reclamado la restitución de las cuantías abonadas en concepto de 50% de notaria, 100% de registro, 50% de gestoría.

De esta forma sobre lo solicitado, procede fijar en concepto de:

Escritura de fecha 26 de noviembre de 2009

gastos de notaria la cantidad de 123,12.- euros
gastos de registro la cantidad de 283,98.- euros
gastos de gestoría la cantidad de 74,62.- euros

Y ello por cuanto se aporta factura abonada de dichos importes, documento suficiente para acreditar la realidad del pago y los importes abonados, atendiendo en relación a la primera escritura a los argumentos expreados anteriormente.

A dichas cantidades se le añadirá el interés legal desde el pago de las mismas por el consumidor.

CUARTO.-Cláusula Interés Moratorio. En relación a la pretensión de nulidad de la cláusula de interés moratorio, dado el allanamiento formulado pro la parte demandada, procediendo en consecuencia la declaración de nulidad de dicha cláusula, teniéndola por no puesta

CUARTO.- En materia de costas, debe seguirse el criterio introducido por la Audiencia Provincial de Valencia (Secc 9ª), en la Sentencia, entre otras, de 12 de marzo de 2019, que señala que estimando la acción principal de nulidad de forma íntegra, con oposición de la demandada, debe considerarse que existe una estimación sustancial de las pretensiones de la demanda, y ello pese al porcentaje estimado de la pretensión restitutoria

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a CAIXABANK, SA, debo declarar y declaro nula la cláusula relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario y la cláusula de intereses moratorio, contenidas en la escritura pública de compraventa con subrogación y modificación otorgada el 26 de noviembre de 2009, condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de:

Escritura de fecha 26 de noviembre de 2009

gastos de notaria la cantidad de 123,12.- euros
gastos de registro la cantidad de 283,98.- euros
gastos de gestoría la cantidad de 74,62.- euros,

más intereses legales desde su pago y los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

Con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal.

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de **apelación** contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en VALENCIA , a veintiuno de enero de dos mil veinte.