

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SECCIÓN SEXTA

Compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO y DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, ha pronunciado la siguiente:

En Vigo, a dos de julio de dos mil diecinueve.

SENTENCIA núm. 357/19

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 117/2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE VIGO, a los que ha correspondido el Rollo de apelación 16/2019, en los que aparece como parte apelante: los demandantes DOÑA MTMM, DOÑA MADM y DON JAGP, representados por la el Procurador don Alberto Vidal Ruibal y dirección del Letrado don David Alfaya Masso; y, como parte apelada: la **entidad demandada FINIBER SOLUCIONES S.L.** representada por la Procuradora doña María Rosa Marquina Tesouro y dirección de la Letrada doña María Teresa de Asís Martín.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de esta ciudad, se dictó sentencia con fecha 4 de enero de 2018, en el procedimiento del que dimana este recurso. La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

*“Que estimando en parte la demanda promovida por el procurador D. Alberto Vidal Ruibal en nombre y representación de DOÑA MTMM, DOÑA MADM y DON JAGP, frente a la entidad **Finiber Soluciones S.L.**, debo declarar y declaro nulas las cláusulas cuarta, quinta y sexta de la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 28 de Mayo de 2014 condenando a la referida demandada a reintegrar la cantidad de 212,18€ en concepto de comisiones, 147,10€ en concepto de intereses de demora , así como la correspondiente a gastos de notaría y registro, con los intereses legales que procedan desde la fecha de su interposición sin que proceda efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.”*

SEGUNDO.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA MTMM, DOÑA MADM y DON JAGP, que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Elevadas las actuaciones para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, señalándose el día 11 de abril, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones que se plantean en esta segunda instancia a propósito del préstamo hipotecario suscrito por los demandantes son concretamente dos:

a) la cláusula que regula el interés remuneratorio que se tiene por usurario, y
b) la cláusula quinta de formalización del préstamo que imputa al prestatario el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Con carácter previo debe contestarse a algunas cuestiones planteadas por los apelantes; por ejemplo, se dice que la juez de instancia no dio respuesta expresa a algunas cuestiones planteadas en la demanda, como es el caso de la contenida en el primer apartado 1 del suplico de la demanda. Debe recordarse que no cabe plantear directamente ante el tribunal ad quem (el de segunda instancia) la subsanación de omisiones sin haber acudido a los mecanismos de subsanación previstos para ante el propio juez a quo (de primera instancia). Si el tribunal de primer grado no se ha pronunciado sobre todas las pretensiones que se hicieron valer en la demanda, debe acudir al remedio previsto en el art. 215 de la LEC para el complemento de sentencia. Es condición indispensable para que, en su caso, pueda plantearse ante el tribunal de la apelación. Así lo viene reconociendo una muy asentada jurisprudencia del TS; por todas, la STS de 26 de marzo de 2015, según la cual, "de constituir la denuncia que se realiza una infracción por incongruencia omisiva, se tenía que haber intentado subsanar, con carácter previo, mediante la vía procesal de complemento de la sentencia prevista en el artículo 215 LEC, cauce que no ha sido intentado (SSTS 784/2013, de 23 de diciembre (RJ 2013, 8240) y 538/2014, de 30 de septiembre (RJ 2014, 5054)).

"La razón última de esta jurisprudencia se encuentra en la exigencia del art. 459 de la LEC, a cuyo tenor, "en el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello."

En cualquier caso, no cabe decir que la cláusula tercera no supere los controles de incorporación o inclusión (no se dice en qué aspectos de la misma), como tampoco es aceptable admitir, por no merecer crédito, que los actores no recibieron "ninguna" información acerca del préstamo que concertaban; lo desmienten las comunicaciones que obran en los autos, por una parte, y por otra, que no se entiende que sin información alguna hubieran llegado hasta la notaría. En la cláusula tercera relativa a los intereses se dice expresamente que se trata de un interés fijo. Es cierto que en la advertencia final se habla de que los prestamistas conocen y entienden el funcionamiento de las cláusulas del interés variable, en contradicción con lo dicho en la cláusula tercera, pero es claro que se trata de una adición ritual o de estilo en la que se ha cometido error. Lo que cuenta es lo realmente pactado en aquella cláusula, pues es lo pactado entre partes; lo otro es texto puesto – con error- en boca del notario que no es parte contratante.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, procede hacer la valoración del interés como usurario. Sabemos que de acuerdo con el art. 1º de la Ley de represión de la usura, será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, por tal se tiene aquel en el que se concierta un interés notablemente superior al normal del dinero, entendiéndose por tal, no el legal, sino el que se pacta habitualmente en operaciones similares. En este caso, se pactó un interés fijo del 14,95%. Para salvar la pretendida normalidad, la entidad demandada acude a los tipos de

interés que se publican en la web del Banco de España, pero la referencia se toma de los cuadros que corresponden a los créditos al consumo, que en el año 2014 era de 9,38 (no del 9,14 como dice). Pero estamos ante un préstamo hipotecario, por lo que hemos de acudir al tipo medio de préstamos hipotecarios correspondientes al mes de mayo del año 2014 que era, para operaciones a más de 10 años, el 4,910 %, según la información oficial del Banco de España. Esta referencia sí deja, entonces, al descubierto que el interés pactado en la escritura es notablemente superior al normal del dinero. En consecuencia, y de acuerdo con lo pedido por los demandantes, procede declarar la nulidad del contrato de conformidad con lo que dispone el art. 3 de la antes citada ley, a cuyo tenor: “Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.” El recurso ha de estimarse en relación con este concreto motivo.

TERCERO.- También pretenden los demandantes la nulidad de la cláusula quinta que imputa al prestatario el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. En este punto hemos de estar a lo que la jurisprudencia del TS ha declarado al respecto. Dice la STS 49/2019 de 23 de enero: “2.- “En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales". Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras sentencias de 15 de marzo de 2018. Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

3.- Por el contrario, resulta abusiva, por las razones expuestas sobre el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, la atribución al prestatario del pago de los impuestos “[e]n que el obligado al pago sea el Banco” (inciso final de la cláusula litigiosa). Dicha repercusión no tiene justificación legal alguna y no encuentra más causa que la situación de predominio de la entidad prestamista sobre el consumidor necesitado de financiación para la adquisición de su vivienda.” En suma, pues, el impuesto es a cargo del prestatario, por lo que el recurso no puede prosperar en relación con este extremo.

CUARTO.- – El art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “en el caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes”. En

consecuencia, al haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, se está en el caso de no hacer condena en cuanto a las costas de esta segunda instancia.

QUINTO.- Según el apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito." Puesto que el recurso ha sido estimado, procede acordar su devolución al recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que, al acoger el recurso de apelación interpuesto por DOÑA MTMM, DOÑA MADM y DON JAGP, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos de juicio ordinario número 117/2017, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de esta ciudad y, en consecuencia, estimamos en parte la demanda formulada por los apelantes citados contra **FINIBER SOLUCIONES S.L.** y en consecuencia declaramos la nulidad del préstamo hipotecario concertado en escritura pública de 28 de mayo de 2014, en cuanto usurario, con los efectos restitutorios que se proclaman en el **artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1908**, de la Usura.

No se hace condena en costas.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución. No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítanse las actuaciones, junto con testimonio de aquella, al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.