



Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª).
Sentencia núm. 7/2009 de 19 diciembre
JUR\2009\193769

Compraventa. Consumidores y Usuarios.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 832/2008

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00007/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 7013309 /2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 832 /2008

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1797 /2007

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 54 de MADRID

De: COGEIN, S.A.

Procurador: MARIA SUSANA SANCHEZ GARCIA

Contra: Luciano Y 46 MAS

Procurador: EDUARDO MARTINEZ PEREZ

PONENTE: ILMO. SR. D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

DªANA Mª OLALLA CAMARERO

D^ªM^ª ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En MADRID , a diecinueve de diciembre de dos mil ocho.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 1797/07, procedentes del Juzgado de 1^ª Instancia nº 54 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandada-apelante COGEIN, S.A., representada por la Procuradora D^ª Susana Sánchez García y defendida por Letrado, y de otra como demandantes-apelados D. Luciano , DON Romulo , D^ª María Rosa , D. Teodulfo , D^ª Alicia , D. Jose

15 de mayo de 2010

© Thomson Aranzadi

1

Pedro , D^ª Beatriz , D. Luis María , D^ª Casilda , D. Juan Luis , D^ª Eloisa , D. Alejandro , D. Antonio , D^ª Frida , D^ª Josefina , D. Borja , D^ª Maite , D^ª Milagros , D^ª Patricia , D. Domingo , D^ª Ruth . D. Evaristo , D. Fidel , D^ª Violeta , D^ª María Dolores , D. Hernan , D^ª Amalia , D. Jenaro , D. Lázaro , D. Marino , D. Modesto , D^ª Catalina , D^ª Diana , D^ª Estibaliz , D. Salvador , D. Sixto , D. Jose Luis , D. Carlos Jesús , D^ª Leocadia , D. Jesús Manuel , D^ª Marisa , D. Pedro Miguel , D. Agustín , representados por el Procurador D. Eduardo Martínez Pérez y defendidos por Letrado, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, en fecha 23 de abril de 2008, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO:"Estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador Don Eduardo Martínez Pérez en nombre y representación de D. Luciano , DON Romulo , D^ª María Rosa , D. Teodulfo , D^ª Alicia , D. Jose Pedro , D^ª Beatriz , D. Luis María , D^ª Casilda , D. Juan Luis , D^ª Eloisa , D. Alejandro , D. Antonio , D^ª Frida , D^ª Josefina , D. Borja , D^ª Maite , D^ª Milagros , D^ª Patricia , D. Domingo , D^ª Ruth . D. Evaristo , D. Fidel , D^ª Violeta , D^ª María Dolores , D. Hernan , D^ª Amalia , D. Jenaro , D. Lázaro , D. Marino , D. Modesto , D^ª Catalina , D^ª Diana^a Estibaliz , D. Salvaa^a Estibaliz , D. Salvador , D. Sixto , D. Jose Luis , D. Carlos Jesús , D^ª Leocadia , D. Jesús Manuel , D^ª Marisa , D. Pedro Miguel , D. Agustín , contra la Entidad Cogein S.A., representada por la Procuradora Doña Susana Sánchez García y debo de declarar y declaro abusiva y contraria a derecho la Cláusula novende los contratos de compra-venta realizados por la Entidad cogein S.A., con los demandantes antes indicados, en cuanto al abono de la cantidad de plusvalía, por ser primera venta de viviendas; desestimando el contenido del resto de pretensiones que solicitaba su declaración de abusiva; y deb de condenar y condeno a la Entidad Cogein S.A., a que abone a las personas que se indican en el Fundamento Jurídico séptimo de la presente resolución, las cantidades que en el mismo se establecen, con los intereses indicados en el Fundamento jurídico octavo de la presente resolución, todo ello sin hacer expresa imposición de costas a la parte demandada."

Asimismo, con fecha 27 de mayo de 2008, se dictó auto cuya parte dispositiva es la siguiente: "SE ESTIMA LA SUBSANACIÓN DE LA SENTENCIA, interesada por el Procurador D. Eduardo Martínez Pérez, y la cantidad reconocida a D^ª Diana por el documento núm. 188, no es como aparece en el fundamento jurídico séptimo de 2.060 euros, sino de 2.310euros. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO

Por providencia de esta Sección, de fecha 12 de noviembre de 2008, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 16 de diciembre de 2008.

CUARTO

En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se combate por la representación procesal de la parte demandada la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional, estimatoria parcial de los pedimentos formulados en la demanda instauradora de la litis, en procura de una sentencia que revoque la decisión recurrida en cuanto a la devolución de las cantidades correspondientes al pago de las plusvalías, inacogiendo totalmente la demanda. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, asentada en tres motivos de disenso, aunque todos ellos reconducibles a si la cláusula 9ª de los contratos suscritos por los actores con la demandada ha de reputarse abusiva. Se asevera por la parte apelante en el desarrollo integrador de la primera alegación enfrentada a la respuesta judicial proporcionada en la sentencia discutida que la cláusula en disputa no es abusiva, aduciendo en pro de su tesis que, al debatirse la LGDCU se rechazó una enmienda que pretendía que en el Núm. 11 del apartado c) del artículo se recogiese la prohibición de cargar al comprador los gastos del impuesto de plusvalía, rechazo que nos debe llevar a la conclusión que el legislador excluyó voluntariamente la plusvalía como un gasto no repercutible a los compradores, dejando al libre arbitrio de las partes el pago de dicho impuesto municipal. Se aduciona, a renglón seguido, que es posteriormente, en diciembre de 2006, cuando en virtud de la Ley 44/2007, de 29 de diciembre, se modificó la anterior y de forma expresa se excluye, concluyendo de forma bifronte, por una parte, que si en la voluntad inicial del legislador hubiese estado prohibir el desplazamiento de la plusvalía, no habría hecho falta ninguna modificación legislativa, pues ya estaba dicho y, por otra, que el marco actual, que tiene diferente cobertura legal, nos lleva a considerar que se está regulando una situación que antes estaba vacía de regulación y, consiguientemente, antes era negociable, siendo evidente el error padecido por la Juzgadora de la Primera Instancia al no haber considerado la reforma de la norma.

El reproche ha de declinar ineluctablemente por su absoluta carencia de base estimable, al no eclipsar en absoluto la atinada fundamentación que sirvió de basamento al acogimiento parcial de la demanda. Si hay algún error, el mismo no es predicable más que del enfoque que se efectúa en el recurso, donde se hace abstracción en su planteamiento y se prefiere algo tan elemental como la influencia positiva que en la política de defensa de los consumidores ha revestido la normativa adoptada en el marco de la Unión Europea, la que cristalizó, como no podía ser de otra forma, en las modificaciones introducidas en la Ley 26/1984, entre ellas, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, añadiendo nuevos apartados. Pues bien, el artículo 10 bis, precepto agregado por la Disposición Adicional primera de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 da una definición de lo que ha de entenderse por cláusula abusiva y califica como tales con presunción iuris et de iure los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la presente Ley. La Disposición adicional Primera de la Ley 26/1984, tras su incorporación por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece un elenco de estipulaciones abusivas con el carácter de *numerus apertus*, cual se colige irrefutablemente de su propio tenor, al decir "A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes", lo que denota que el mero hecho de que la estipulación tildada de abusiva no estuviese reflejada como tal en alguna de esas cláusulas enumeradas a título de ejemplificación en manera alguna significaría que no se pudiese tachar de abusiva, ya que en todo caso se habría de calificar como tal siempre y cuando se subsumiese en la definición del artículo 10 bis y, ergo, se colmasen los presupuestos que dan vivencia a cualquier cláusula abusiva. Que el supuesto contemplado se incardina en las cláusulas 22 y 24 no puede discutirse, no debiendo orillarse que ya en el texto pristino del artículo 10 de la Ley 26/1984 se exigía la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones y se señalaba que, entre otras, excluía las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o los incrementos de precios por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales. Pero incluso haciendo tabla rasa de lo anterior, y aun cuando se entendiese a efectos dialécticos que la cláusula 9ª en su apartado en liza no se encontrase embebida en el radio de acción de los supuestos de cláusulas abusivas ya pormenorizados, siempre habría de adjetivarse de abusiva por

mor de la definición legal, al tratarse de una estipulación, no ya no negociada individualmente, sino impuesta en todos los contratos por la entidad vendedora que en contra de la buena fe causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, sin que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula se haya negociado individualmente excluya la aplicación del artículo 10 bis al resto del contrato, incumbiendo al profesional que afirma que la cláusula en disputa se ha negociado individualmente el onus probandi y teniéndose por no puestas las cláusulas en que se aprecia su carácter abusivo. Resulta inane que alguna cláusula o elementos de la misma haya podido negociarse individualmente si la cláusula que pone a cargo de la parte compradora, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, idéntica en todos los contratos aportados, no lo ha sido. Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5-4-1993 sobre las cláusulas abusivas en los Contratos celebrados de los consumidores, "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describen el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía.

Los demás alegatos que vertebran la disconformidad con el discurrir judicial también claudican en atención a que: 1) la lectura de todos los contratos evidencian que se ha recogido una cláusula con el mismo contenido, bastando la lectura de los contratos meritos para constatar que todos han sido redactados por la demandada con la finalidad de incorporarlos a una pluralidad de contratos, sin que la circunstancia de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluyen la aplicación de la Ley 7/1988 de 13 de abril, al resto del contrato si su apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión, según el artículo 1º del citado texto legal. 2) En manera alguna, ha afirmado la decisión recurrida que todo contrato de adhesión, forzosamente ha de ser abusivo, siendo inane que se haya podido redarguir la parte adversa si se trata en este estadio ritual de censurar lo decidido en la primera instancia. Ninguna prueba ha suministrado la parte demandada para acreditar que los actores estaban de acuerdo con ese pago y las manifestaciones vertidas por los codemandantes cuyos interrogatorios se ejecutaron en el acto del juicio son sintomáticos, y lo que evidencian es una imposición paladina. 3) Que la cláusula en cuestión causa un perjuicio paladino al consumidor no puede ponerse en tela de juicio, como tampoco que la misma carece de contraprestación alguna, de lo que dimana su carácter abusivo. Eso es lo relevante para el enjuiciamiento de si la cláusula en discordia presente las notas que configuran la noción de estipulación abusiva, careciendo de toda enjundia la fecha de la celebración de los contratos si los compradores no adquirieron la propiedad de las viviendas y no pudieron ocuparlas y realizar los actos típicos inherentes a las titularidades dominicales, siendo sólo, como es sabido, con la traditio en cualquiera de las modalidades configuradas legalmente, cuando se adquiere la propiedad en el ordenamiento jurídico civil patrio, de lo que ha de seguirse que la infracción del artículo 10 bis de la Ley 26/1984 es meramente retórica por carente y huera de contenido y así ha de declararse.

El mismo destino claudicante ha de alcanzar la última objeción por su absoluta sinrazón, ya que si bien la cláusula atinente al pago de la plusvalía no tiene carácter abusivo en contratos celebrados por personas jurídicas, si lo es cuando el contrato se concierta por un profesional con un consumidor, donde no sólo ha de atenderse al principio de autonomía de la voluntad, sino a preceptos de carácter imperativo que no solo afectan al ordenamiento jurídico, sino que se engloban dentro del supraconcepto del orden público. Las sentencias invocadas en el motivo no permiten conocer la temática decidida, siendo una manifestación palmaria de que la cláusula es abusiva el que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, configure como cláusula abusiva en su artículo 89-3 b) la estipulación que imponga al consumidor el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, lo que avala categóricamente que esa estipulación era, es y será per se abusiva. El acento que se pone en que el Sr. Arsenio adquirió una plaza de garaje suelta, no vivienda y que no está incluido dicho supuesto en la legislación de consumidores y usuarios, no resiste el menor embate dialéctico, si atenemos a que los derechos de los consumidores y usuarios han de protegerse prioritariamente cuando guardan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado (art. 2 de la Ley 26/1984). Un repaso de los artículos 8, 13, 25 y ss. del citado texto legal evidencia que el distingo carece de toda apoyatura legal en dicha norma; razonamientos que conducen, dicho está, al fenecimiento del recurso por su inconsistencia.

SEGUNDO

Corolario del inadecimiento del recurso es que se impongan a la parte apearante las costas procesales causadas en esta instancia, a tenor del artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Susana Sánchez García, en representación de la entidad mercantil COGEIN, S.A., frente a la sentencia dictada el día veintres de abril de dos mil ocho por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución, e imponemos a la parte apelante las costas procesales originadas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.