



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVENIDA DE LA JUSTICIA S/N FASE II C.P. 30011, MURCIA
Teléfono: 968277441-968229100, Fax: -
Correo electrónico: scgl.seccion3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MCC
[REDACTED]
[REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT INMO PRESTARIO PER FIS
DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA
DEMANDADO D/ña. BANKIA SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En Murcia, a 22 de enero de 2021.

Vistos por la Ilma. Sra. [REDACTED]
Magistrado-Juez en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta
Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario número [REDACTED]
seguidos a instancia de [REDACTED]
[REDACTED] representados por el procurador Sra. Bernal Barnuevo contra
BANKIA S.A., representado por el procurador [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora formuló demanda de juicio ordinario sobre acción de nulidad por abusivas de la condición general de contratación sobre **gastos y comisión de apertura**, cláusulas insertas en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 27 de julio de 2007 ante el notario Dña. María D. García Ollero con número de protocolo 2236, y en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se declare la nulidad de pleno derecho de las cláusulas objeto de la demanda con los efectos inherentes a dicha declaración.

SEGUNDO.- Emplazada en legal forma la parte demandada se personó y presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse a la demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda.



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
MURCIA

SENTENCIA: [REDACTED]

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVENIDA DE LA JUSTICIA S/N FASE II C.P. 30011, MURCIA
Teléfono: 968277441-968229100, Fax: -
Correo electrónico: scgl.seccion3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MCC
[REDACTED]
[REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT INMO PRESTARIO PER FIS
DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA
DEMANDADO D/ña. BANKIA SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En Murcia, a 22 de enero de 2021.

Vistos por la Ilma. [REDACTED]
Magistrado-Juez en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta
Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario número [REDACTED]
seguidos a instancia de [REDACTED]
[REDACTED] representados por el procurador Sra. Bernal Barnuevo contra
BANKIA S.A., representado por el procurador [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora formuló
demanda de juicio ordinario sobre acción de nulidad por abusivas de
la condición general de contratación sobre **gastos y comisión de
apertura**, cláusulas insertas en el contrato de préstamo con garantía
real concertado por las partes el 27 de julio de 2007 ante el
notario Dña. María D. García Ollero con número de protocolo 2236, y
en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que
estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la
que se declare la nulidad de pleno derecho de las cláusulas objeto
de la demanda con los efectos inherentes a dicha declaración.

SEGUNDO.- Emplazada en legal forma la parte demandada se personó y
presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse a la
demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de
derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado
sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda.



TERCERO.- Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que ambas partes ratificaron sus respectivos escritos y dando cumplimiento al resto de las previsiones legales.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba las partes propusieron y fueron admitidos como únicos medios de prueba las documentales que tenían aportadas con los escritos de demanda y contestación quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo respecto a la excepción de falta de legitimación activa por **cancelación del contrato**, debe desestimarse toda vez que la acción ejercitada mantiene su objeto si las cláusulas objeto de la demanda han producido efectos que haya que revertir (cantidades ya abonadas en concepto de gastos o comisiones; cantidades cobradas por aplicación de cláusula suelo...) como en este caso (STS 12/12/20199).

Sobre el concepto de **consumidor**, recordemos que el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción vigente cuando se suscribió el contrato, dispone que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. " Por tanto, el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en nuestro ordenamiento jurídico es el destino que se da al bien o servicio y, en concreto, si la persona, física o jurídica, lo incorpora o no a una actividad empresarial o profesional.

También el artículo 1 de la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, derogada por el texto de 2007, al delimitar su ámbito de aplicación establecía en su apartado segundo que " a los efectos de esta Ley , son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Y el apartado tercero añadía que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros." Esa distinción entre consumidor, "destinatario final", frente a quienes emplean los bienes y

servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado", había sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido similar al que resulta del artículo 3 de la Ley de 2007, coherente con la jurisprudencia comunitaria, concretando la noción "destinatario final" con el consumo en el ámbito personal o doméstico. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 dice al respecto lo siguiente:

" Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto - LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963,2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

La STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto Schrems), citada por la Sentencia del TS de 13 de junio de 2018 (ECLI ES:TS:2018:2193), cuyos fundamentos reproducimos, resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

La clave está pues, en atender al **ámbito y propósito del acto**, que será lo que determinará la condición de consumidor o de empresario. Así, si el contrato es un préstamo, lo relevante será el destino de la operación, por lo que el prestatario **quedará excluido de la condición de consumidor** cuando el destino del préstamo sea el de financiar la adquisición de un bien vinculado con la actividad empresarial o profesional ejercitada de forma habitual por aquel, o bien cuando su destino sea financiar o dotar de liquidez a tal actividad. Por el contrario, sí se **ostentará la condición de consumidor** cuando el préstamo se dirija a financiar la adquisición de un inmueble con finalidad lucrativa -la reventa o el alquiler- siempre que tal adquisición tenga carácter aislado o esporádico y no habitual o constitutiva del negocio desarrollado por el prestatario, pues la condición de consumidor persona física no es incompatible con el ánimo de lucro (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 y 13 de junio de 2018; véase también la ponencia del Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el Encuentro de la Sala Civil del Tribunal Supremo con Magistrados/as de las Audiencias Provinciales de Septiembre de 2017, sobre el concepto de "consumidor").

Visto lo anterior, en este caso, no puede sino concluirse que los demandantes han actuado como consumidores y ello porque resulta acreditado con la escritura que el préstamo estaba dirigido a

financiar la adquisición de un inmueble con objeto de construir una vivienda de uso propio no vinculado a actividad lucrativa alguna.

SEGUNDO.- La cláusula sobre "gastos" inserta en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria atribuye o impone al prestatario el pago de una serie de gastos derivados del contrato de préstamo suscrito por las partes.

En su virtud los hipotecantes y o prestatarios quedan obligados a satisfacer, entre otros, los gastos de tasación del inmueble hipotecado, gastos y tributos derivados de la escritura, del acto y contrato que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean necesarios para que tenga acceso al Registro de la Propiedad y su cancelación, los derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el referido Registro.

La parte demandante, reclama la nulidad y, en consecuencia, el reembolso de las cantidades satisfechas como consecuencia del pacto nulo, adecuando su pretensión de condena a la doctrina establecida por el Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4ª.

Pretende la parte demandante la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas financieras insertas en los contratos reclamando, como se ha expuesto, las cantidades desembolsadas hasta la fecha siguiendo a tales efectos la doctrina sentada en la reciente Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia constituida en Pleno, cuya finalidad, ha sido sin duda, entre otras, la de unificar la doctrina al respecto con la intención de evitar la numerosa litigiosidad que existe en esta materia, en el entendido caso que el prestatario ha abonado no a la entidad demandada sino a terceros las cantidades que reclama, de suerte que no se trata de restitución de cantidades indebidamente cobradas por la demandada, sino de cantidades indebidamente satisfechas por el prestatario a terceros como consecuencia de la nulidad de pleno derecho de una cláusula introducida abusivamente en el contrato por la prestamista. Estaríamos, en consecuencia, de una reclamación que deriva de la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula como una consecuencia más de la necesaria protección de los consumidores y usuarios frente a actuaciones abusivas de empresarios/profesionales derivada de la reiterada doctrina del TJUE que así lo viene declarando, máxime si se tiene presente que la finalidad del control de la abusividad incluso de oficio impuesto por la doctrina del TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, no es otro que eliminar de una vez por todas las cláusulas abusivas en todos los contratos en los que sean parte contratante consumidores y/o usuarios. En conclusión, la utilización de cláusulas abusivas para los consumidores se contempla como una mala praxis contractual del empresario/profesional que se hace preciso eliminar en este tipo de contratación y es, precisamente, de esta mala praxis de la que deriva un derecho de quedar indemne para el consumidor.

Conviene señalar, además, que juzgado ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad por abusividad de la cláusula que se somete a consideración, concluyendo que no es un elemento esencial del contrato de préstamo ni constituye su objeto principal resulta, en consecuencia, irrelevante que la cláusula sea o no transparente, tanto en su comprensión literal como en su trascendencia económica, de ahí que lo que directamente se plantea es un problema de abusividad de una condición general de la contratación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiese aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, luego resulta que la misma, tal y como consta redactada, es nula de pleno derecho, debido a que, existiendo la posibilidad de realizar un reparto equitativo entre las partes contratantes, no solo no se asegura o establece en ella una mínima reciprocidad entre los gastos ocasionados como consecuencia de la intervención del notario y registrador, gestoría etc., sino que hace recaer la totalidad de estos sobre el prestatario e hipotecante. De la lectura de la cláusula en particular y del contrato den su conjunto podría llegarse a la conclusión que se pretende hacer recaer en el prestatario-consumidor toda la carga financiera o económica del contrato sin ningún tipo de discriminación.

A tales efectos la Sentencia del tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, analiza a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente en lo que se refiere al préstamo hipotecario, afirma que el art. 89 del R.D.L. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013) una serie de supuestos concretos. Así, 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.".

Esta es, por otra parte, una detenida lectura de la tan citada Sentencia 244/2018, de 19 de abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia así lo revela, la doctrina que mantiene el pleno de la AP de Murcia. No podía ser de otra forma ya que lo que se hace es fijar en Sentencia de Pleno el criterio que venían manteniendo las distintas Secciones que se han ocupado del tema objeto de controversia. A ello se refiere la Sentencia 244/2018, de 19 de abril, en el penúltimo párrafo del FD Segundo en el que cita las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo, número 147 y 148 de 2018, ambas de 15 de marzo.

Establecida la nulidad de la cláusula sobre gastos, la controversia venía suscitándose en relación a los efectos, más bien **consecuencias**, de la nulidad.

Tras la relevante sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (origen de la reforma operada por Ley 3/2014 de 27 de marzo) el art. 83 del TRDCU dispone que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas". En efecto, en dicha sentencia el Tribunal vino a recordar que las cláusulas abusivas "no vincularán al consumidor" por lo que el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Queda, pues, interdictada la moderación o integración por cuanto si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, esto es, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Además, también el TJUE ha declarado que la existencia de una norma de carácter supletorio tampoco debe impedir la apreciación del carácter abusivo de la cláusula y, con ello, las consecuencias derivadas de dicha nulidad.

Hechas las referidas consideraciones, debe procederse a resolver las consecuencias de la nulidad de la cláusula que nos ocupa de manera que el prestatario ostente la misma situación que si nada se hubiera pactado en materia de gastos del préstamo hipotecario.

La primera cuestión que se hace preciso destacar es que las cantidades que ya ha abonado el prestatario por aplicación de esta cláusula no son cantidades que hubiera percibido el Banco sino importes satisfechos a terceros (Notario, Registrador, gestoría) cuya intervención en la operación ha devengado la obligación de abonar estos aranceles y/o el coste de dichos servicios así como, en el caso del impuesto, cantidades abonadas a la Administración Tributaria por aplicación de la legislación fiscal. Por tanto, no estamos en presencia de prestaciones percibidas o cobradas por el Banco y que, por aplicación del art. 1303 del C.c., el Banco deba "restituir" con sus intereses. En definitiva, una vez declarada la nulidad de la cláusula, la recuperación de los importes ya abonados por la parte prestataria no forma parte del efecto restitutorio ex lege del art. 1303 del C.c. sino que vendría a fundamentarse en el **derecho indemnizatorio** que asiste al prestatario frente al Banco o, en último término, en la **proscripción del enriquecimiento injusto**; encontrándose esta acción indemnizatoria (acumulada a la de

nulidad), sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964 del C.c., no vencido en el supuesto que nos ocupa. Ahora bien, no se trata de que el Banco tenga que abonar al prestatario todos y cada uno de los importes abonados por el mismo en concepto de gastos e impuestos sino que deberá procederse como si la cláusula no hubiera existido ni operado nunca.

En efecto, la **STJUE de 16 de julio de 2020** reitera que la consecuencia de la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula estriba en "el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula" por lo que, en el caso de los gastos, "se justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes".

En base a ello, ha de darse la siguiente respuesta a la reclamación de las distintas cantidades contenidas en la demanda:

En cuanto a los aranceles de Notaría y de Registro, la normativa nacional aplicable en defecto de pacto viene recogida en el RD 1426/89, en cuanto al Notario, y en el RD 1427/89, respecto del Registrador, ambos de 17 de noviembre.

Así, en cuanto al Notario, dispone dicha norma que: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". Y, en cuanto al Registrador: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Así pues, a la vista de la interpretación recogida en la STJUE anteriormente citada, quedaría ratificada la doctrina jurisprudencial contenida en las SS. de Pleno del Tribunal Supremo números 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019 de 23 de enero, lo cual confirma la STS de 24 de julio de 2020, dictada con posterioridad a la interpretación del Tribunal comunitario.

Conforme a dicha doctrina, dado que la intervención notarial interesa a ambas partes, los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben **distribuirse por mitad**, pues el interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

Por tanto, entiende la Sala Primera que al no especificar la normativa notarial si, a los efectos del concepto de "interesados" en la redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor como el prestamista, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

Aun cuando el Tribunal Supremo se refiere, específicamente, a los gastos o aranceles derivados del otorgamiento de la matriz, ha de entenderse igualmente aplicable este criterio a los aranceles correspondientes a la expedición de las copias no habiendo alegado, desglosado ni justificado la parte actora (a quien le corresponde la carga como tal parte accionante) otras circunstancias que enerven la aplicación de dicho criterio de distribución por mitad.

Y por lo que se refiere al timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y siguientes del Reglamento), si bien no se trata de aranceles derivados de la intervención del fedatario público sino de un impuesto -el de actos jurídicos documentados de cuota fija, no variable-, dicho importe se encuentra incluido en la factura notarial, razón por la cual se resuelve en este apartado la cuestión relativa a su pago.

Pues bien, atendiendo a lo resuelto en sendas SSTs de 15 de marzo de 2018 (*"respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario y, en cuanto a las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite"*) han de entenderse compensados unos importes con otros (matriz y copias) y, por ende, en orden a facilitar el cálculo de la indemnización que, por todos los conceptos facturados por el Notario, corresponde al prestatario tras la nulidad de la cláusula, también se estará a la mitad.

En cuanto a los gastos de Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo resuelve que a diferencia del arancel notarial que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Y dado que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, es a este al que corresponde el pago íntegro de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. Y, anulada la cláusula, si en el futuro el Banco pretende obtener nuevas copias o certificaciones, deberá el mismo abonar su coste, como único interesado.

Y, finalmente, en el caso de cancelación de la hipoteca, el Tribunal Supremo, al considerar que "el interesado" en dicha cancelación es exclusivamente el prestatario, entiende que es éste al que le corresponde afrontar su coste.

En cuanto a los gastos de tasación y de gestoría, la STS de 24 de julio de 2020 (posterior a la interpretación del TJUE en S. de 16

de julio de 2020), al no plantearse en el caso la cuestión referida a gastos de gestoría (ni de tasación), no se pronuncia al respecto.

Entretanto, cabe entender que la interpretación del TJUE sí ostenta incidencia sobre lo resuelto con anterioridad por el Tribunal Supremo, debiendo replantearse dicha doctrina.

Así, las SSTs reseñadas anteriormente resolvían que, si bien no es necesario el nombramiento de un profesional para la realización de las gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario (la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados), el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, sí da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40 por lo que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se entienden realizadas en interés o beneficio de ambas partes, por lo que el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

Frente a ello, la interpretación efectuada por el TJUE parece decantarse por la necesidad de que la norma nacional atribuya, en todo o en parte, los gastos en cuestión al consumidor por lo que, a falta de disposición nacional que efectúe dicha atribución, el consumidor debería verse resarcido en su integridad del gasto de que se trate. En concreto, el TJUE resuelve que el consumidor debe ver devueltas las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula "salvo que las disposiciones de derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de estos gastos".

Es por ello que al no prever la norma nacional citada (Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios) una atribución del pago de este gasto, su importe, abonado por el consumidor en base a la cláusula, debe serle íntegramente resarcido por la entidad prestamista.

Y los mismos argumentos cabe efectuar en relación con los gastos de tasación. Conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley -ni ninguna otra norma- señala a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista-prestatario. Lo único que dispone esta ley al respecto, en su art. 3 bis, es que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación".

Por tanto, de esta previsión no se deriva que sea el prestatario al que corresponda abonar y, además, íntegramente, el coste de la tasación y que el Banco sólo tenga que sufragar el coste de las comprobaciones extra si se le presenta por el propio cliente una tasación efectuada a su instancia.

Por consiguiente, en tanto el Tribunal Supremo no ofrezca una interpretación distinta de la norma nacional, debe entenderse igualmente resarcible, en su integridad, a cargo del prestamista y a favor del consumidor, este gasto.

Visto lo anterior, **en este caso**, mediante la documentación aportada con la demanda (facturas y/o cargos en cuenta), se acreditan las cantidades satisfechas por los conceptos de **notaria, gestoría, tasación y registro**, (doc. 3 demanda) por lo que, en atención a lo expuesto, la demanda debe ser estimada y declarar la nulidad por abusiva de la cláusula sobre gastos inserta en el contrato litigioso, así como, declarar pertinente la pretensión de condena de la parte demandante, de manera que la parte demandada deberá abonarle la cantidad total de **865,91 €**, según desglose obrante, mas el interés legal desde la reclamación extrajudicial y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la LECivil.

TERCERO.- Respecto a la pretensión de nulidad de la **comisión de apertura**, en primer lugar, se plantea si esta comisión se configura como un elemento accesorio (susceptible de control de contenido o de carácter abusivo) o se trata de un elemento esencial del contrato (que integra el precio) y, por tanto, exento de dicho control de abusividad.

El TJUE, en S. de 16 de julio de 2020 ofrece parámetros o criterios para discernir esta cuestión si bien resuelve finalmente que incumbe al juez nacional apreciar si la cláusula constituye o no un componente esencial del contrato de préstamo.

Así las cosas, en tanto en cuanto el Tribunal Supremo no modifique su doctrina, ha de estarse a lo resuelto en STS 44/2019 de 23 de enero, en la que se resuelve que la comisión de apertura es un componente sustancial del precio del préstamo, razón por la cual está excluida del control de contenido.

En efecto, si bien el art. 4.2 de la Directiva de Consumo de 1993 no fue objeto de trasposición expresa a nuestro Derecho, nuestro Tribunal Supremo ha dejado claro que no pueden ser objeto de control judicial de contenido (esto es, de "desequilibrio de derechos y obligaciones" determinante de su carácter abusivo conforme al art. 82 del TRDCU) aquellas estipulaciones que regulen los elementos esenciales del contrato ni la adecuación del precio al bien o servicio prestado.

Se deduce claramente que la finalidad de esta norma de la Directiva no es otra que la de evitar un control judicial de los "precios", lo cual corresponde exclusivamente al mercado sin que, en definitiva, se disponga de parámetros jurídicos para poder someter a control estos elementos contractuales sujetos, en puridad, a la libertad contractual entendida como opción del consumidor de contratar un producto o servicio determinado en relación con lo que ofrezca la competencia.

Y los argumentos o motivos esgrimidos por la Sala Primera para atribuir a esta comisión el carácter de elemento esencial del contrato son:

"La comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales".

"La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la «comisión de riesgo» objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo".

"Se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

Es por ello que esta comisión, conforme a dicho criterio jurisprudencial, no puede ser objeto de control de contenido.

No obstante, como elemento esencial o integrante del precio, **sí debe ser objeto de control de transparencia**, al afirmar esta STS que "como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto".

Los requisitos para que dicha comisión supere el control de transparencia (conforme a la normativa aplicable) y que expresa el Tribunal Supremo son:

-Que dicha comisión -junto con el interés remuneratorio- quede incluida "en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá".

-Que se incluya en la "información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria".

Se entiende que, dado que las denominadas FIPER son exigibles a los préstamos hipotecarios suscritos a partir del 29 de julio de 2012 (Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de 2011), si la hipoteca está suscrita antes, la información precontractual en la que deberá estar contenida esta comisión de apertura, es en la oferta vinculante (Orden de 5 de mayo de 1994).

Por su parte, la **STJUE de 16 de julio de 2020**, además de ratificar la procedencia de someter esta cláusula (en caso de ser considerada como elemento esencial) a control cualificado de transparencia, ha establecido unos **requisitos más intensos** para considerar superado dicho control. En efecto, hace referencia expresa a la "publicidad e información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz".

En este punto, pues, viene a confirmar la exigencia de información precontractual referida por el Tribunal Supremo, pero añade que debe comprobarse que la entidad financiera "ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función en el contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar, el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato".

En el presente caso, no se justifica por la parte demandada, a la que le corresponde la carga de la prueba, que esta comisión estuviera incluida en ninguna documentación precontractual (aunque menciona oferta vinculante en su escrito de contestación que luego no se aporta) y no se puede considerar superado el control de transparencia, razón por la cual ha de declararse nula.

Por lo que respecta a la devolución de cantidades, resulta acreditado el hecho de que la parte actora abonó por este concepto

la cantidad de **125 €** (doc.4 demanda) por lo que debe estimarse la restitución solicitada de dicho importe con sus intereses desde la fecha del cobro (art. 1303 CC).

CUARTO.- A la vista de la estimación íntegra de la demanda procede imposición de costas a la demandada.

FALLO

Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra BANKIA S.A. y:

1. Declaro la **nulidad** de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre **gastos** inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 27 de julio de 2007 ante el notario Dña. María D. García Ollero con número de protocolo 2236 y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad total de **865,91 €**, más el interés legal desde la reclamación extrajudicial de las cantidades, hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la LECivil.
2. Declaro la nulidad de la cláusula que establece una comisión de **apertura** inserta en el contrato litigioso y en consecuencia condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de **125 €** a la que se añadirá el interés legal desde la fecha del efectivo pago de la cantidad hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra ella podrán interponer Recurso de Apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días para su resolución por la Audiencia Provincial de Murcia.

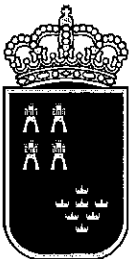
Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgado en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.





La difusión el texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 26/01/2021 12:04

Mensaje

IdLexNet	202110382418839
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 37: RESOLUCION 00115/2021 Est.Resol.Publicada
Remitente	Órgano
	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de Murcia, Murcia [3003042016]
	Tipo de órgano
Destinatarios	Oficina de registro
	OF. REGISTRO Y REPARTO CIVIL [3003042000]
	CASTILLO GONZALEZ, JOSE CECILIO [2226]
	Colegio de Procuradores
	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]
Fecha-hora envío	Colegio de Procuradores
	Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
	26/01/2021 11:07:54
Documentos	300304201600000022282021
	300304201611.PDF
	(Principal)
Datos del mensaje	Descripción: Comunicación del Acontecimiento 37: RESOLUCION 00115/2021 Est.Resol.Publicada
	Hash del Documento:
	1c082937f8de37e1daf9a8eb2df0ab0e8d490b88843a894a11ea6d6de7a05ecb
	Procedimiento destino
	ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 N° 0003039/2018
	Detalle de acontecimiento
	NOTIFICACION
	NIG
	3003042120180022881

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
26/01/2021 12:04:00	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia	LO RECOGE	
26/01/2021 11:08:02	Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia (Murcia)	LO REPARTE A	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.