

**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:

Equipo/usuario: JCP
[REDACTED]
[REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.EINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA
DEMANDADO D/ña. CAJAMAR
Procurador/a Sr/a. RAFAEL VARONA SEGADO
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Murcia, a 19 de octubre de 2021.

Vistos por el Ilmo. Sr. [REDACTED]
Magistrado-Juez en Comisión de Servicio en el Juzgado de
Primera Instancia nº 16 de esta Ciudad, los presentes autos de
Juicio Ordinario número [REDACTED] seguidos a instancia de
[REDACTED] representados por el procurador
Sr. Bernal Barnuevo contra CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C.,
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 inserta en el contrato de
préstamo con garantía real concertados por las partes el 11
de octubre de 2007 ante el Notario D. Patricio Chamorro Gómez,
con número de protocolo 2707 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 contestó a la demanda en la forma que es de ver en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pese al allanamiento de la parte demandada a la nulidad de la cláusula de gastos, las partes discuten el alcance de la acción de restitución. En relación con la cláusula de gastos impugnada, es ya conocida la jurisprudencia contenida en sus sentencias de 23 de enero de 2019 (Sentencias, 46, 47, 48 y 49/2019). Sin embargo, con fecha 16 de julio de 2020 el TJUE ha resuelto quince cuestiones prejudiciales, interpuestas por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, en autos de 12 y 13 de marzo de 2019, respectivamente, relativas a los gastos hipotecarios (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19).

El TS ya se ha pronunciado en la sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018, manifestando que respecto de los gastos notariales, registrales y el IAJD, no modificaba la jurisprudencia contenida en sus sentencias; pero sí en la STS 555/2020 de 26 de octubre, Rec. 474/2018 en relación a los gastos de gestoría, que se imponen al prestamista en virtud de esa jurisprudencia del TJUE.

La Corte de Luxemburgo, en su sentencia de 16 de julio de 2020, ha declarado que en caso de nulidad de la cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, no es conforme al art. 6, apartado 1, y al art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula. No obstante, esta sentencia ha establecido una salvedad importante, cual es el caso de 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 esos gastos.

Así podemos distinguir:

1. Los gastos notariales.

El TS en su sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018 ha confirmado su jurisprudencia anterior, manifestando que los gastos de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben abonarse por mitad entre prestatario y prestamista y lo mismo la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes

están interesadas en la modificación o novación; si bien, las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

El art. 63 del Reglamento del Notariado dispone que «La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial». Asimismo, la norma 6.ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios, establece que la obligación de pago de los derechos corresponde a los que hubieren requerido las 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.

Conforme a esta regulación, si prestatario y prestamista se someten al Notario de mutuo acuerdo, ambos requieren su intervención y los dos deben abonar esos gastos, ya que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, establece en primer lugar que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de los servicios del Notario.

Aun cuando no constara quién ha sido el requirente de los servicios del Notario, la solución debería ser la misma, pues en este caso se debe aplicar el criterio subsidiario establecido en el Arancel Notarial, conforme al cual debe pagar los gastos el interesado y en el presente supuesto ambos ostentan interés: el prestamista obtiene indudables ventajas de la constancia en escritura pública del préstamo con garantía hipotecaria, ya que consigue un título ejecutivo (arts. 517.2 4º de la LEC y 17 de la ley del Notariado), constituye una garantía real (arts. 1.875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial, siendo además su crédito preferente conforme al art. 1923. 3º del CC y en caso de concurso de acreedores del deudor, el crédito garantizado con hipoteca ostenta un privilegio especial. No obstante, el prestatario obtiene un préstamo con mejores condiciones cuando se encuentra garantizado con hipoteca que si se trata de un mero préstamo personal, ya que el tipo de interés es más bajo y las condiciones más favorables.

La declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula de gastos debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haberse impuesto dicha cláusula, es decir, debe actuarse como si nunca hubiera existido y, en su caso, acudir a las disposiciones de Derecho nacional que establezcan a quién le corresponde el pago de dicho gasto. Como ha

declarado la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de su abono, ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte del pago que él debió soportar y esto es lo que precisamente ocurre con los gastos notariales.

La Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, también ha considerado que el reparto de los gastos notariales de la escritura matriz de la hipoteca entre ambas partes por igual no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y a la aplicación de la normativa notarial. Asimismo, respecto de la cancelación de la hipoteca, considera que no existe óbice para que dichos gastos correspondan al prestatario dado que por aplicación de las disposiciones legales ha de abonarlos el interesado.

De todos modos, para los contratos sometidos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en vigor desde el 16 de junio de 2019), la solución es distinta, ya que este texto normativo establece que el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite [art. 14.1 e), apartado ii].

2. Los gastos del Registrador.

La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 tampoco modifica la situación existente, pues el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 23 de enero de 2019, ya determinó que el importe de estos gastos correspondía abonarlos al banco prestamista, dado que así se infiere de la normativa aplicable.

La norma 8.^a del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre (LA LEY 3054/1989), por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, establece que: «1. 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 artículo 6 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), se abonarán por el transmitente o interesado.

2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten».

Respecto del mencionado art. 6 de la LH dispone que «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho, b) Por el que lo transmita, c) Por quien tenga interés en asegurar el

derecho que se deba inscribir, d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos».

Dado que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca (sentencias del TS núm. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero confirmadas por la reciente sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018).

Esta misma solución prevé la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, para los contratos sometidos a su ámbito de aplicación en cuyo art. 14.1 e) apartado iii (LA LEY 3741/2019) establece que los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

4. Gastos de gestoría

A diferencia de los gastos analizados con anterioridad, en que nada ha cambiado tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, resulta lógico modificar la jurisprudencia existente relativa al abono de los gastos de gestoría, respecto de los cuales el Tribunal Supremo había declarado que debían abonarse por mitad en sus sentencias 44 , 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero .

La Comisión Europea, en las Observaciones formuladas respecto de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020, si bien comparte la distribución de gastos que el Tribunal Supremo español realiza sobre las facturas de Notario y Registro de la Propiedad, así como la imputación del IAJD, sin embargo discrepa en cuanto a los gastos de gestoría, considerando que han de ser abonados en su integridad por la entidad bancaria, pues si fue esta quien impuso y designó un gestor profesional y atribuyó íntegramente al consumidor los gastos por dicho servicio, tal obligación proviene exclusivamente del pacto privado contenido en la cláusula abusiva, por lo que, una vez esta ha sido declarada nula, han de eliminarse todos sus efectos, debiendo la entidad financiera resarcir al consumidor por los gastos ocasionados por dicha cláusula. El art. 40 del Real-Decreto Ley 6/2000 establece en su primer párrafo la obligación de las entidades bancarias de informar sobre el derecho que asiste a los consumidores de nombrar, de mutuo acuerdo con la entidad financiera, un gestor independiente que lleve a cabo las tareas de gestión administrativa de la operación, pero dicho precepto no impone la exigencia legal de recurrir a dicho profesional, ni prohíbe que dichas tareas de gestión sean desempeñadas por el banco o por el propio consumidor.

Ninguna norma nacional establece a quién le corresponde el pago de los gastos de gestoría (salvo para los contratos sometidos a la Ley de contratos de crédito inmobiliario, en cuyo art. 14.1 e) apartado i se dispone que corresponden al

prestamista); por tanto, con base en la doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2020 si la cláusula es declarada abusiva se debe reintegrar al consumidor la cantidad total abonada por este concepto junto con los intereses legales desde su pago en aras de restablecerle en la misma situación que hubiera tenido si la cláusula abusiva no se hubiera incorporado al contrato. Y estas es la postura seguida al fin por la STS 555/2020 de 26 de octubre, Rec. 474/2018.

5. Gastos de tasación

El Tribunal Supremo, al fin, en la Sentencia 35/2021 de 27 de enero, ha concluido que corresponden a la entidad bancaria, acabando con la dudas y razonando que los costes de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria, aunque no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC si la requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca; y también valora la exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados.

Sin embargo, ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Por tanto, debe restituirse la suma de 880,83 euros más los intereses legales de las sumas abonadas por el consumidor por los gastos cuya imposición se declara nula se devengan desde la fecha en que fueron abonados y no desde su reclamación judicial o extrajudicial como señala la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2018.

SEGUNDO.- La STJUE de 16 de julio de 2020 también se ha pronunciado acerca de la comisión de apertura (o subrogación), permitiendo que se pueda declarar abusiva, especialmente si se ha producido una situación de desequilibrio entre las partes contratantes cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados.

El Pleno de la Sala Primera, en Sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019 (Rec. 2982/2018) había declarado que la comisión de apertura no suponía propiamente la repercusión de un gasto, sino el cobro de una partida del precio que el banco cobraba por sus servicios. Según el Alto Tribunal, en tanto componente sustancial del precio del préstamo, la comisión de apertura debía excluirse del control de contenido, siendo únicamente objeto de control de transparencia, el cual en dicha sentencia consideró cumplido por los siguientes motivos:

- Es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio.
- Dicha comisión es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, siendo uno de los extremos sobre los que suele versar la publicidad de las entidades bancarias
- Se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que ocasiona que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo.

En conclusión, según el Tribunal Supremo la comisión de apertura forma parte del precio o contraprestación del préstamo, y es inconcebible que pase desapercibida al prestatario, que ha de pagarla al tiempo de la concesión del préstamo, por lo que siendo transparente no cabe apreciar su carácter abusivo, pues a los Tribunales les está vedado el control de los precios.

A juicio de este juzgador, la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 obliga a modificar esta jurisprudencia.

Conforme a esta sentencia incumbe al órgano jurisdiccional apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si una cláusula constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario. La Corte de Luxemburgo, para orientar al juez nacional en su apreciación, precisa que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor». Finalmente, concluye que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo

hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

Asimismo, declara que los arts. 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente. Un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato con independencia de que el art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 haya sido transpuesto al ordenamiento nacional. Incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo, todo ello en aras de que el consumidor tenga conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión.

La STJUE de 16 de julio de 2020 también declara que la comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional.

En parecidos términos, la Comisión Europea, en sus Observaciones a las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a esta sentencia, ha declarado que si un órgano jurisdiccional español —a sabiendas de que el art. 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 no ha sido incorporado al ordenamiento español— limita el análisis de una cláusula que conforma un elemento esencial del contrato al control de transparencia previsto en el citado precepto, y no realiza un examen global y sustantivo de abusividad, está ofreciendo una tutela a los consumidores que no se corresponde con la transposición de la Directiva al Derecho nacional. 13. Según la Comisión Europea, la cláusula, relativa a la comisión de apertura, podrá considerarse abusiva, en el sentido del art. 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 si el juez nacional considera, a luz de las circunstancias del asunto, que existe una desproporción manifiesta entre el montante de dicha cláusula y los conceptos a los que se refiere, o con respecto al coste total del contrato.

Atendiendo a los postulados de la STJUE de 16 de julio de 2020, ya se ha dictado alguna sentencia, como la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 21 de julio de 2020 (N.º de Recurso: 1079/2019), que ha declarado nula la comisión de apertura, acordando la devolución de lo cobrado por este concepto por no superar el doble control de transparencia y por no haberse probado que correspondiera a servicios efectivamente prestados.

De todos modos, algunas sentencias ya se habían pronunciado en este sentido aun antes de pronunciarse el TJUE, separándose de lo declarado por la STS 44/2019, de 23 de enero (Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, núm. 40/2019 de 12 Feb. 2019 y la SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, 911/2019, de 11 de noviembre, Recurso 1226/2019). Asimismo, la DGRN en resolución de 1 de febrero de 2018 había declarado que constituye una exigencia de transparencia material el definir claramente cuáles son los servicios concretos que se remuneran con la comisión de apertura para que el prestatario pueda comprobar que un mismo servicio no se cobra dos veces, de tal manera que no puedan considerarse «intereses ocultos».

De esta forma, a la vista de que no se han señalado ni justificado los servicios prestados por la entidad, debe considerarse abusiva y nula y condenar a la demandada al pago de 485 euros.

TERCERO.- A la vistas de la estimación de la demanda procede la imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C 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 11 de octubre de 2007 ante el Notario D. Patricio Chamorro Gómez, con número de protocolo 2707, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 880,83 € más el interés legal de la referida cantidad desde su efectivo pago hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado

en dos puntos desde esta última fecha hasta su completo pago.

2. Declaro nula y sin efecto la clausula que establece una comisión de subrogación y condeno a la demandada al pago de 485 euros más los intereses legales.

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 del 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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 29/10/2021 09:50

Mensaje

IdLexNet	[REDACTED]
Asunto	Comunicación del Acontecimiento [REDACTED]
Remitente	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de Murcia, Murcia [REDACTED]
	JDO. PRIMERA INSTANCIA
Destinatarios	OF. REGISTRO Y REPARTO CIVIL [REDACTED]
	[REDACTED]
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Cartagena
	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
Fecha-hora envío	28/10/2021 10:33:20
Documentos	[REDACTED] Descripción: RESOLUCION Hash del Documento: b.pdf (Principal)
Datos del mensaje	Procedimiento destino ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]
	Detalle de acontecimiento RESOLUCION [REDACTED]
	NIIG [REDACTED]

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
29/10/2021 09:49:33	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia	LO RECOGE	
28/10/2021 10:47:47	Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia (Murcia)	LO REPORTE A	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia

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