

**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: MRR

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ROCÍO BERNAL BARNUEVO, ROCÍO BERNAL BARNUEVO

Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En Murcia, a 4 de noviembre de 2021

Vistos por [REDACTED] Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario en ejercicio de ACCIÓN DE NULIDAD seguidos con el núm. [REDACTED] a instancia de [REDACTED]

[REDACTED] representados por la procuradora Doña Rocía Bernal Barnuevo y asistidos del letrado Don Bartolomé Giménez Ibarra frente a Banco Santander SA representado por el procurador [REDACTED] y asistido de la letrada Doña [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 30 de octubre de 2020 fue turnada a este Juzgado, demanda de juicio ordinario formulada por la representación procesal de [REDACTED] frente a Banco Santander SA, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estima de aplicación, interesa en el suplico de su escrito que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula quinta de imputación de todos los gastos de la escritura de 5 de octubre de 2006 y de 11 de junio de 2007, abonando a su representada el importe de 1388,85 euros en concepto de gastos indebidamente abonados más los intereses legales desde la fecha en que sus representados los pagos de las facturas; se declare la nulidad de las respectivas comisiones de apertura teniéndose por no puestas y condenando a la entidad demandada a abonar a sus mandantes la cantidad de 1262,16 euros, más los intereses legales desde la fecha de su abono, y todo ello, con expresa condena en costas.

SEGUNDO: Mediante decreto de fecha 18 de mayo de 2021 se admite a trámite la demanda y se emplaza a la parte demandada para que presente su escrito de contestación.

TERCERO: En escrito de fecha 17 de junio de 2021, la representación procesal de la demandada, contestó la demanda.

CUARTO: En diligencia de fecha 22 de junio de 2021 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 8 de octubre de 2021.

QUINTO: El día previsto con la asistencia de ambas partes, se procedió a la celebración de la audiencia previa.

Tras ratificarse las partes en sus respectivos escritos, se fijaron los hechos objeto de controversia, y propuesta como única prueba la documental aportada, se declararon conforme a las previsiones del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos pendientes de resolución, iniciándose el plazo para resolver.

SEXTO: En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre la pretensión de la actora.

Ejercita la parte actora en su demanda a tenor del relato de hechos de su escrito recto, y al amparo de los artículos 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y artículo 8 de la Ley 7/1998 una acción tendente a que se declaren nulas la cláusula denominada “gastos y comisión de apertura” insertas en las escrituras de fecha 5 de octubre de 2006 y de 11 de junio de 2007 y como consecuencia de tal declaración que se condene a la demandada a restituirle las cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en aplicación de tales cláusulas, y todo ello, con sus intereses legales, más las costas del procedimiento.

Frente a dicha pretensión, se alza la demandada que postula en síntesis la validez y no abusividad de las cláusulas cuestionadas.

SEGUNDO: Sobre el carácter de condición general de la contratación de la cláusulas impugnadas.

A tenor de la tesis que postula la demandada para oponerse a las pretensiones ejercitadas en su contra, obvio resulta que con carácter previo a valorar la pretendida nulidad que pretende la actora, se estima oportuno recordar que el artículo 1 de la Ley 7/98 dispone que “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”; se deriva de ello, que las notas que caracterizan dichas condiciones generales, son contractualidad, predisposición, imposición y generalidad; pues bien, para que tales condiciones queden incorporadas al contrato deben reunir los requisitos a que se refieren los artículos 5 y 7 del mismo texto legal, y ello con independencia de que el adherente sea consumidor o no, condición ésta que en el caso que nos ocupa, debe significarse la entidad demandada no discute. El artículo 5 establece que “1. Las condiciones generales pasarán a

formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. 2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. 4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” y el artículo 7 que “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

El artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sobre requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, establece “1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente. El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”. Finalmente, el

artículo 63.1 de este mismo cuerpo legal dispone que “1. En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. 2. Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”.

Finalmente, conviene recordar que la Directiva 93/13/CEE ciñe su ámbito a las cláusulas no negociadas individualmente.

Pues bien, si estos son los textos legales a tener en cuenta para solventar esta primera cuestión, no menos importante resulta la doctrina sentada al efecto, pues como señalara el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno nº 222/2015 - FJ 3º ap. 1- la *"ausencia de negociación es presupuesto ineludible de la impugnación por abusiva"*, coligiéndose de ello que para que las cláusulas de contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es *"requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos"*.

Pues bien, al hilo de la tesis que sostiene la entidad demandada, ilustrativa resulta a los efectos que ahora nos ocupan, la sentencia de este mismo Tribunal de 22 de abril de 2015 que señaló *“ La jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 241/2013, de 9 de mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 28 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. De ahí que el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considere cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevea que « serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor »; el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (como antes hacía el art. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) establezca que « las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas »; y el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusula abusivas en contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 1993/13/CEE) disponga que « los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional ». Lo expuesto supone que, tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su*

consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Es más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44)”. Y también la sentencia de 29 de abril de 2015 al establecer “Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial”

Expuestas las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales, y dado que la demandada aduce como antes se indicó, que las estipulaciones cuestionadas fueron objeto de negociación y debida información, lo primero que debe señalarse al respecto es que la carga de la probanza de tal afirmación, es decir, del carácter negociado e informado de tales cláusulas, como ya lo estableciera el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, correspondía precisamente a la demandada – recuérdese lo establecido en la citada sentencia que señaló “la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 se afirmaba lo siguiente: « Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-,

lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012 reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva"- resultando que ninguna prueba obra en las actuaciones que acredite siquiera indiciariamente la tesis de la demandada por cuanto al margen de sus alegaciones, lógicamente interesadas, ninguna actividad probatoria ha desplegado a tal efecto, y cuando además la lectura del Notario de la escritura en el momento de su formalización no suple, como así lo tiene declarado la Jurisprudencia, la obligación de la entidad de informar debidamente sobre la cláusula en cuestión.

Se deriva de lo anterior, que la tesis que postula la demandada está abocada al fracaso por cuanto no existe prueba alguna en autos de la negociación individual e informada de la cláusula impugnada objeto de la presente litis; antes al contrario, a tenor de las consideraciones que se acaban de exponer, cabe concluir que dicha cláusula, tiene todas las notas características de las condiciones generales de la contratación en los términos del antes citado artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

TERCERO: Sobre la abusividad de la estipulación sobre gastos de la escritura objeto de esta litis.

El tenor literal de la estipulación quinta de la escritura de 5 de octubre de 2006, es el siguiente: "5.1 Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos suplidos previos producidos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, los gastos y tributos que se causen por el otorgamiento de esta escritura, por la expedición de la primera copia y una copia simple para la Entidad acreedora, y los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye, incluso las escrituras de cancelación total o parcial de la misma. Se incluyen entre los citados gastos los de Notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como todos los tributos que ahora o en el futuro graven el capital o los intereses de las operaciones bancarias. Igualmente, serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de la tasación de la finca que se hipoteca, incluso los derivados de las sucesivas tasaciones que, de conformidad con lo previsto en la estipulación 15ª, se realicen de la finca hipotecada, los de su conservación, así como los de las primas del seguro de daños e incendios. También serán de cuenta del cliente los gastos de correo, teléfono, telex y otros medios de comunicación generados por cada operación. La parte prestataria autoriza en este acto de forma expresa e irrevocable a la entidad prestamista para que cargue en su cuenta el importe de dichos gastos. 5.2. La parte prestataria se obliga también a satisfacer, en su caso, todas las costas, gastos y perjuicios que se ocasionaran por faltar al cumplimiento de lo pactado en esta escritura, incluso los gastos de requerimientos mediante Notario y los honorarios de Letrado y Procurador si el Banco se valiese de su intervención, aunque ésta no fuera preceptiva, y si dicho Banco llegase a adquirir la propiedad de los bienes hipotecados, en cualquiera de los supuestos procesales en que ello es posible, se conviene expresamente que el Banco tendrá la facultad de descontar del precio de remate o adjudicación los gastos inherentes a la cancelación de la carga que en esta escritura se establece y de cualquiera inscripciones registrales posteriores a la misma".

La cláusula de la escritura de 11 de junio de 2007, dice así: "Todos los gastos notariales, registrales, de tramitación y tributos, en su caso, que se originen por razón de la presente escritura y de los actos que contiene, serán de cuenta exclusiva de la parte acreditada..."

El artículo 89 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, califica como cláusulas abusivas en todo caso " La transmisión al consumidor y usuario de las

consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º) y "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario " (número 3º) y añade "En particular, en la compraventa de viviendas: 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" y c) " la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario" (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, las cláusulas que tienen por objeto " la imposición al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados" (art. 89.4º) y, correlativamente, "los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación "(art. 89.5º). En el mismo sentido la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, apartados 21 y 22.

Dicho lo anterior, y como quiera que la parte actora pretende de la demandada la devolución de las sumas pagadas en concepto de notario, registro y gestoría, vaya por delante ya señalar que en esta resolución judicial no se va a efectuar pronunciamiento alguno sobre el resto de las estipulaciones que integran la cláusula cuestionada, por cuanto la tesis de la actora se limita a aquéllas concretas estipulaciones que imponía gastos sufragados por ella, a fin de determinar si son o no abusivos y a cuál de los litigantes correspondía desembolsarlos; y a esta decisión, no obsta la apreciación que de oficio debe realizar el órgano jurisdiccional en determinadas cláusulas en aras a apreciar la posible abusividad, toda vez que debe limitarse tal eventualidad a aquellos supuestos en los que la posible abusividad no ha sido puesta de manifiesto por la demandante, pero no en aquellos casos, como ocurre en el presente, en los que sí se advierte tal posibilidad pero la actora y demandada limitan sus alegaciones y actividad probatoria a una parte de la estipulación cuestionada, pues pese a que transcribe íntegramente la cláusula e interesa la nulidad de la totalidad de la misma, sin embargo su tesis y la actividad probatoria por ella desplegada se limita a parte de las cláusulas cuestionadas.

Efectuada la anterior precisión, y dado que son varios los gastos que dicha estipulación impone al consumidor prestatarios, **respecto a los aranceles de Notario y Registro**, debe en primer lugar recordarse la normativa sectorial que regula tales aranceles, que son el Real Decreto 1426/1989 y 1427/2989, ambos de 17 de noviembre, y que establecen respecto al Notario, 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 respecto del 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 ..."*.

Expuestos los textos legales a tener en cuenta para solventar la posible abusividad de la cláusula en cuanto a aranceles de Notario y Registrador, la doctrina jurisprudencial, concretamente, la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo (RJ 2015, 5714) en relación a una cláusula sobre gastos en un contrato de préstamo hipotecario, de tenor similar a la que ahora nos ocupa, estableció la siguiente doctrina: *"...no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el*

interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), constituye la garantía real (arts. 1875 CC (LEG 1889, 27) y 2.2 LH (RCL 1946, 886)) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)". En la sentencia 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000, 5090), esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso".

Pues bien, la extrapolación de las consideraciones legales y jurisprudenciales al caso sometido a la consideración de este operador, llevan a este operador a declarar la abusividad de las estipulaciones cuestionadas en relación a la imputación al prestatario de los aranceles de Notario y Registrador.

En relación a los **gastos de gestoría**, sirvan los mismos argumentos ya expuestos, por cuanto no existe norma legal de atribución de los mismos y al no haberse procedido, en el contrato, a su reparto equitativo no puede sino atenderse, de nuevo, al criterio del interés económico (no al meramente jurídico) en la intervención de una gestoría. Ilustrativa resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4, de 24 de marzo de 2017, entre otras muchas, que estableció sobre tales gastos lo siguiente: *"Se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia"*. Se deriva de esta resolución, que si ambas interesa la realización de estos servicios de gestoría para la correcta formalización e inscripción de la garantía hipotecaria, por este misma razón la imposición al prestatario de forma indiscriminada de todos los gastos derivados de la intervención de una Gestoría, sin distinguir que servicios presta la gestoría y a quien se los presta, dota a la citada estipulación de abusividad y por tanto de nulidad.

CUARTO: Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula gastos.

Y con carácter previo a abordar esta pretensión conviene recordar que la sentencia del TJUE de 14 de junio (origen de la reforma operada por Ley 3/2014 de 27 de Marzo) el artículo 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 la citada 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.

Siendo ello así, y como quiera que la parte actora pretende que se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula gastos, debe procederse a resolver las consecuencias de la nulidad aquí declarada de la cláusula cuestionada sobre gastos, de manera que el prestatario ostente la misma situación que si nada se hubiera pactado sobre dicha materia en la escritura objeto de esta litis. Y, así las cosas, 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 artículo 1303 del Código Civil, el Banco deba "restituir" con sus intereses. En definitiva, una vez declarada la nulidad de esta estipulación, la recuperación de los importes ya abonados por la parte prestataria no forma parte del efecto restitutorio ex lege del artículo 1303 del Código Civil, 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. Por tanto, 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 operado nunca y, por tanto, atendiendo a la normas aplicables en defecto de pacto.

Sentado lo anterior, ha de señalarse que el actor para acreditar las sumas que afirma indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula gastos, ha aportado a las actuaciones diversas facturas que integran los documentos nº 4 y 5 de la demanda, y esta documental acredita que la parte actora abonó 579,89 y 403 euros en concepto de aranceles notariales, de aranceles registrales 147,51 y 209,89 euros y de gestoría 250 y 290 euros.

Pues bien, el Tribunal Supremo en Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero se ha pronunciado sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, señalando que: "*1.- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde. 2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato. A- Arancel notarial. La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y 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. B- Arancel registral. La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto. C- Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la 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 misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta 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. D- Gastos de gestoría. También se impone el pago por mitad de los mismos”.

La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, Caixabank y BBVA se ha pronunciado sobre la cláusula gastos en los siguientes términos: “1) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta 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 esos gastos”. El Tribunal Supremo en la reciente Sentencia 457/2020, de 24 de julio, Recurso (CAS) 1053/2018 ha señalado que los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura corresponden por mitad al prestamista y al prestatario, ya que ambos tienen la condición de “interesados” que sustenta, en el Reglamento Notarial, el pago de dichos gastos: el consumidor por la obtención del préstamo y el banco por la garantía hipotecaria; respecto de los gastos del registro de la propiedad, afirma que corresponden al banco, por ser la entidad a cuyo favor se inscribe la garantía hipotecaria, de acuerdo con lo establecido en el arancel de los registradores de la propiedad. Y en la sentencia de 17 de noviembre de 2020, con cita de la sentencia de 26 de octubre de 2020, ha señalado sobre los gastos de gestoría, que “ su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista, porque como declaramos en dicha resolución: Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como “cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”. “Este criterio no se acomoda bien a la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, 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 cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos

también en este extremo el recurso de casación".

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, y a tenor de los principios de primacía y eficacia directa y en aplicación de la doctrina del TJUE y del artículo 1303 del Código Civil, ha de condenarse a la demandada a abonar a la actora la suma de 491,44 euros de aranceles notariales, 357,40 euros de aranceles registrales y 540 euros de gestoría y ello desde el momento mismo en que no hay norma interna que repercuta al prestatario consumidor el pago de los gastos de gestoría, lo que eleva la suma a devolver por la demandada a los actores a 1388,84 euros, suma que devengará conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, Sentencia nº 725/2018, los intereses legales desde las fechas de los respectivos pagos, además de los procesales.

QUINTO: Sobre la comisión de apertura.

La estipulación cuarta, apartado 1, de la escritura de 2006 y estipulación tercera, apartado 1, de la escritura de 2007 fijaron una comisión de apertura del 0,50% sobre el principal del préstamo, con un mínimo de 631,06 euros.

Pues bien, sobre la comisión de apertura, el Tribunal Supremo en Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero se ha pronunciado sobre la misma, señalando que *"En primer lugar, analiza la posible abusividad de la cláusula que, en un préstamo hipotecario, establece una comisión de apertura. Tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas 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. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; 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 y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa 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 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"*.

Por otro lado, la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, Caixabank y BBVA, señaló en sus apartados, 2 y 3, que: *"2) El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, 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 si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado” y “3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una 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 remitente”.

Pues bien, desde las anteriores premias, y tomando en consideración este operador que si bien su redacción es fácilmente entendible y comprensible, pudiendo incluso presumirse la parte actora hubo de conocer tal comisión dado su abono en el momento mismo de la formalización de la hipoteca, sin embargo también lo es que la demandada no ha desplegado actividad probatoria alguna en orden a acreditar los servicios y/o gestiones que llevó a cabo para pretender su pago del actor ni tampoco ha acreditado que informase debidamente al prestatario de la obligación de abono de tal comisión (obsérvese que no se aporta la ficha fiper, ni solicitud, ni oferta, ni ningún otro documento acreditativo del conocimiento que pudo tener el actor de su obligación de pago de tal comisión), y en tales circunstancias, este operador aprecia que la estipulación cuestionada no supera claramente el control de transparencia a que se refieren los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que ha de condenarse a la demandada a abonar a la actora la suma que se reclama en la demanda por tal concepto abonó, 1262,16 euros (pese a que la documental aportada como documento nº 6 y 7 revela el abono de la suma de 631,06 y 1028,12 euros) suma que devengará intereses desde la fecha de su abono, hasta su completo pago, además de los procesales.

SEXTO: Sobre las costas.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, Caixabank y BBVA, falló en los siguientes términos “El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.

Dicho esto, y dado que a tenor de esta doctrina la suma a devolver no puede erigirse en criterio a tener en cuenta a efectos de costas, y dado además que se han estimado en su integridad las pretensiones ejercitadas en la demanda, este operador aprecia que las costas causadas en esta instancia deben ser de cargo de la demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de [REDACTED] frente a Banco Santander SA, se declara la nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura y gastos en la parte de la misma que imputa al prestatario los gastos de formalización de la operación insertas en la escritura de 5 de octubre de 2006 y en la escritura de 11 de junio de 2007, teniéndolas por no puestas, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc, eliminando las mismas y condenando a la demandada a abonar a los actores por mor de la aplicación de la cláusula gastos y comisión de apertura, la suma total de DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y ÚN EUROS (2651) suma que devengará el correspondiente interés legal desde la fecha de los respectivos pagos, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del artículo 576 de la Ley Procesal, imponiendo a la demandada las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el plazo de veinte días, citando la resolución impugnada y la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan, previo el depósito correspondiente, sin el cual no se le dará curso.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la 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.

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



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 10/11/2021 12:01

Mensaje

IdLexNet	[REDACTED]
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 36: RESOLUCION [REDACTED]
Remitente	Órgano JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de Murcia, Murcia
	Tipo de órgano JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro OF. REGISTRO Y REPARTO CIVIL [3003042000]
Destinatarios	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490] Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
Fecha-hora envío	10/11/2021 10:47:43
Documentos	[REDACTED] Tipo (Principal) Descripción: Hash del Documento:
Datos del mensaje	Procedimiento destino ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]
	Detalle de acontecimiento RESOLUCION [REDACTED]
	NIG [REDACTED]

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
10/11/2021 12:01:01	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia	LO RECOGE	
10/11/2021 10:47:55	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.