

**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
Modelo: N04390

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-[REDACTED]

Procedimiento origen: /
Sobre COND. CNPIS. CERTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO. PER. FIS
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. BANCO SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

Murcia, 17 de mayo de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. [REDACTED] presentaron demanda frente a Banco Santander SA en ejercicio de acción de declaración de nulidad de cláusula abusiva.

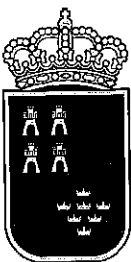
La parte demandante pide que se declare la nulidad por su carácter abusivo de la cláusula que establece una comisión de apertura y la cláusula de gastos de la escritura de préstamo hipotecario de 14 de diciembre de 2017 y reclama la condena de la demandada a pagar 1.505,44 €, más intereses legales y costas.

SEGUNDO. La demandada contestó y se opuso.

TERCERO. La audiencia previa se celebró con asistencia de las dos partes. La demandada solicitó suspensión por prejudicialidad en razón de a cuestión elevada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La suspensión fue denegada y la demandada formuló protesta. A continuación, las dos partes propusieron prueba documental, la cual fue admitida, y los autos quedaron pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El concepto de cláusula abusiva y sus presupuestos se establecen en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los



contratos celebrados con consumidores. El artículo 3 define el concepto de cláusula abusiva y el artículo 4 aporta los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

En nuestro ordenamiento jurídico el 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 repite sin apenas modificaciones el concepto de cláusula abusiva en el artículo 82.1, y dispone "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente 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".

Además, en el apartado 3 del mismo artículo se reproduce el primer apartado del artículo 4 de la Directiva 13/1993 donde se recogen los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula y señala "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

La apreciación del carácter abusivo de una cláusula exige dos presupuestos: uno subjetivo y otro objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo la declaración del carácter abusivo de una cláusula exige que esta se haya insertado en un contrato celebrado con un consumidor o usuario. Estos son definidos en el artículo 3 de la actual Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que establece que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un ámbito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Así mismo añade que "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Desde el punto de vista objetivo las cláusulas abusivas han de reunir los requisitos que resultan de la definición contenida en el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. A saber:

- Contractualidad, por insertarse la cláusula en un contrato;
- Predisposición, por no haber sido negociada individualmente;
- Contradicción con la buena fe;
- Desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes del contrato;
- Y perjuicio al consumidor.

SEGUNDO. La comisión de apertura es el importe que se paga al formalizar un préstamo en contraprestación a los gastos administrativos, informáticos y de gestión que conlleva su celebración. Se paga de una sola vez y suele ser un porcentaje sobre el capital prestado.

El Tribunal Supremo en la sentencia 44/2019 de 23 de enero considera que 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. Esta es la razón por la que no resulta aplicable toda la normativa en materia de comisiones en el ámbito de los préstamos hipotecarios, que no puede aplicarse para rechazar la validez de la comisión de apertura porque esta representa precio y no la repercusión de un gasto adicional.

A juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que la comisión de apertura sea precio, explica que se encuentre regulada por normas nacionales y su importe se tenga en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente, de acuerdo con normativa sectorial. Por la misma razón, la comisión de apertura debe incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual artículo 60.2 del Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Por lo demás, el Tribunal Supremo estima que la comisión está excluida del control de contenido al ser componente sustancial del precio del préstamo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. En consecuencia, en principio no es posible declarar el carácter abusivo de esta cláusula siempre que se redacte de manera clara y comprensible, por lo que solo es posible un control de transparencia de la estipulación.

No obstante, tras la sentencia del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. En esta resolución el tribunal europeo parece inclinarse por considerar que la comisión de apertura no es precio y así lo expresa en el apartado 64 de su sentencia. Sin embargo, no llega a imponer este punto de vista y remite al órgano nacional al disponer en su apartado 63 que "Incumbe al órgano jurisdiccional remitente 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 la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario".

El Tribunal Supremo no ha cambiado su criterio sobre la naturaleza de la comisión de apertura, que estima precio y excluye del control de abusividad.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Murcia interpreta la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma distinta y considera, contra el criterio del Tribunal Supremo, que la comisión de apertura no es precio y puede ser declarada abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato contra las exigencias de la buena fe (SAP Murcia 1064/20 de 10 de diciembre, 1042/20 de 3 de diciembre, 989/20 de 19 de noviembre).

De acuerdo con los criterios de la Audiencia Provincial de Murcia, la cláusula cuarta no responde a ningún servicio complementario o prestación adicional que el consumidor haya solicitado o pudiera rechazar. Esta estipulación es contraria lo dispuesto en la normativa de protección del consumidor y del cliente bancario contenida en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, la Ley 2/2009 de 31 de marzo que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 junio. Por tanto, la comisión es nula por abusiva al causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato contra las exigencias de la buena fe.

La demandada deberá pagar la cantidad de 243 €, más el interés legal desde la fecha de la escritura. El pago resulta probado en virtud de la escritura que es un documento público y del extracto de la cuenta del préstamo.

TERCERO. La distribución de gastos y pagos que genera la celebración, tramitación y cumplimiento de un contrato de préstamo u otro género puede ser pactada por las partes al realizar el convenio. Nada hay de ilícito en ello. No obstante, el problema surge cuando esta cláusula impone al prestatario consumidor el pago de forma indiscriminada de toda clase

gastos e impuestos que pueda ocasionar el contrato, a veces incluso en contravención a lo dispuesto en normas legales que regulan el pago de gastos, costas y tributos.

En tal caso la cláusula puede ser abusiva conforme al artículo 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Si se trata de un contrato celebrado antes de la entrada en vigor del Texto Refundido, la cláusula puede igualmente ser abusiva conforme a la disposición adicional primera de la redacción anterior.

De acuerdo con esta regulación la sentencia del Tribunal Supremo de 705/15 de 23 de diciembre declaró abusiva una cláusula inserta en préstamos hipotecarios que hacía recaer sobre el consumidor todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación, modificación y ejecución del contrato. Además, la estipulación imponía al prestatario el pago de las costas y gastos procesales o de otra naturaleza que generase el incumplimiento del contrato, incluyendo los honorarios de abogado y procurador aunque no interviniesen en el proceso o su intervención no fuese preceptiva. El Tribunal Supremo estimó que las cláusulas aludidas introducen un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato al hacer recaer sobre una de las partes todas las consecuencias del incumplimiento del contrato, en ocasiones contra lo dispuesto en normas legales.

En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, expresa que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido 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. Solo si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, estos deben ser soportados por el consumidor.

Llegados a este punto, es preciso distinguir entre los impuestos, los gastos notariales, los registrales, los de gestoría y tasación.

Por lo que respecta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 establece con claridad conforme a la doctrina de la Sala III que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario. Únicamente se exceptúan en el impuesto de actos jurídicos documentados el derecho de cuota fija por timbre de las copias, en el que habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Tras declarar la nulidad de la cláusula de gastos la situación del prestatario debe ser la misma que si nada se hubiera pactado. Y si nada se ha pactado al respecto, la determinación del sujeto pasivo de este tributo debe responder a lo que la ley tributaria establezca. Por ello, el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados corresponde a la parte prestataria, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva.

Por lo que respecta a los aranceles notariales las sentencias del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero estiman que el préstamo y la hipoteca que lo garantiza son una realidad inescindible en la que están interesados tanto el consumidor, en la obtención del préstamo con un interés inferior al que pagaría sin la garantía real, como el prestamista, por la garantía hipotecaria. Por ello, lo razonable es distribuir por mitad el pago de los gastos

que genera el otorgamiento conforme al artículo 63 del Reglamento del Notariado y norma sexta del anexo II del Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre.

Estas sentencias consideran que la misma solución debe predicarse 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, según las sentencias citadas.

Por último, respecto de 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.

Por lo que respecta a los aranceles registrales, corresponde al banco prestamista el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario de acuerdo con lo dispuesto en las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero porque el derecho se inscribe o anota a su favor. Estas mismas resoluciones señalan que la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde a este el pago de la cancelación (R.D. 1427/1989 de 17 de noviembre que aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad y norma octava de su anexo II).

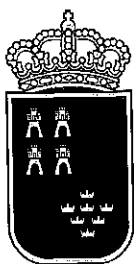
Estos pronunciamientos relativos al impuesto de actos jurídicos documentados, gastos notariales y registrales no resultan modificados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, pues el reparto de tales gastos resulta de la aplicación de disposiciones nacionales, cuya interpretación ha sido fijada por el Tribunal Supremo (STS 457/2020 de 24 de julio).

No obstante, en lo que respecta a los gastos de gestoría, las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero valoraban que las gestiones se desarrollan en beneficio o interés de prestatario y prestamista y por ello el gasto debía ser sufragado por mitad. Sin embargo, este criterio no se basa en ninguna norma pues como el Tribunal Supremo expresa "En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario" (F.J. 9º .2). Por ello, en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los gastos de gestión, una vez declarada nula la cláusula de gastos, deben ser sufragados por el banco prestamista. Así lo ha confirmado finalmente el Tribunal Supremo en la sentencia 555/20 de 26 de octubre de 2020.

El mismo criterio debe seguirse en cuanto a los gastos de tasación, a falta de norma, tal y como ha confirmado la sentencia del Tribunal Supremo 35/21 de 27 de enero.

La total indemnidad de la parte demandante exige la condena de la parte demandada a pagar el interés legal de la cantidad debida desde la fecha del pago, por analogía con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1896 del Código Civil (STS 725/18 de 19 de diciembre). Este criterio debe ser aplicado salvo que la demandante haya pedido en su demanda el interés desde la fecha de la reclamación extrajudicial o no haya pedido interés, en cuyo caso, el principio dispositivo y de congruencia obligan a no otorgar más de lo pedido.

CUARTO. La prueba practicada sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos quinta se limita a la escritura acompañada a la demanda.



La estipulación es un modelo destinado a formar parte de una pluralidad indeterminada de contratos, pues no contiene ningún elemento adaptado a las circunstancias de la parte prestataria, por lo que se trata de una condición general de la contratación impuesta a unos consumidores y que estos no pudieron negociar. En todo caso la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario (STS 9-5-2013).

Además, la estipulación relativa a los gastos impone al consumidor el pago de todos ellos sin distinción alguna, por lo que resulta abusiva y debe ser declarada nula, ya que el carácter omnicomprendivo de la cláusula impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, este hubiera aceptado la cláusula en su integridad (STJUE 14 de marzo 2013, C-415/11).

La parte actora acredita mediante factura: unos gastos de notaría de 678,42 €, de los que solo reclama y le corresponde la mitad, que se eleva a 339,21 €. Además, la actora acredita unos gastos de gestoría de 459,8 € y unos gastos de tasación de 463,43 €. Por ello, la demandada deberá ser condenada a devolver a la parte demandante la suma de 1.262,44 €, más el interés legal de la cantidad debida desde la fecha de cada uno de los pagos.

La demandada alega que no procede su condena a restituir a la parte demandante los gastos satisfechos pues no se trata de prestaciones recíprocas y esta devolución no queda amparada por el artículo 1303 del Código Civil.

En primer lugar, conviene recordar que la nulidad de la cláusula deriva del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y no del artículo 1300 del Código Civil. El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor. Así lo ha afirmado en las Sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57; y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

Si la declaración de nulidad de la cláusula de gastos no produjese como efecto la condena de la prestamista a devolver a los prestatarios consumidores los gastos indebidamente satisfechos, la declaración de nulidad quedaría vacía de contenido y la cláusula nula habría surtido efecto pleno.

El artículo 1303 del Código Civil está previsto para la contratación negociada que es la base del Código Civil. Si se acude a este precepto para resolver las consecuencias de la nulidad de una cláusula abusiva en una contratación seriada o en masa con consumidores, debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la jurisprudencia del TJUE. Aunque el precepto está redactado pensando en un contrato de obligaciones recíprocas en el que se intercambian bienes, su idea es dejar a los contratantes indemnes tras la eficacia sobrevenida, en la misma situación patrimonial que tendrían si no se hubiese celebrado el contrato declarado nulo. La cláusula de gastos ha forzado a los actores a soportar unos gastos que no estaban obligados, pero en todo caso no se cuestiona que tales gastos sean debidos, por lo que tales gastos no pueden ser reclamados de los terceros que los recibieron legítimamente. Este pago puede asimilarse a un enriquecimiento injusto

del banco o a un pago indebido del consumidor, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 725/18 de 19 de diciembre. En cualquier caso, la única forma de restablecer a los contratantes la situación inicial, como si la cláusula de gastos nunca hubiese existido, es condenar a la parte demandada a abonar a la demandante los gastos satisfechos más el interés legal correspondiente (S.T.S. 147/18 y 148/18 de 15 de marzo, 725/18 de 19 de diciembre, 44, 46, 47, 48 y 49/19 de 23 de enero; S.T.J.U.E. de 31 de mayo de 2018, C-483/16, caso Zsolt Sziber).

QUINTO. La estimación de la demanda supone la condena en costas de la parte demandada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Estimo parcialmente la demanda presentada por [REDACTED]
[REDACTED] ante a Banco Santander SA.

Declaro nula por abusiva la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario de 14 de diciembre de 2017 que establece una comisión de apertura y condeno a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de 243 € más el interés legal.

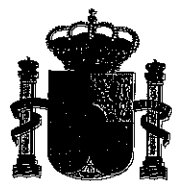
Declaro nula por abusiva la cláusula de gastos de la escritura de préstamo hipotecario referida y condeno a la demandada a devolver a la parte demandante la suma de 1.262,44 €, más los intereses legales desde la fecha de los pagos.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndose saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Murcia con arreglo al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso habrá de interponerse por medio de escrito presentado ante este Juzgado en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución. Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 €, debiendo ingresarlo en la cuenta del Juzgado, indicando en las observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso, seguido del código 00 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en el apartado 5º de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Lo pronuncio, mando y firmo por esta sentencia de la que se llevará testimonio a los autos. José Enrique Serrano Fernández, magistrado-juez de adscripción territorial del Juzgado de 1ª Instancia n.º 16 de Murcia.

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.

