

**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: MDP

Modelo: NC4390

N.I.G.: [REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS. [REDACTED] MARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA n°

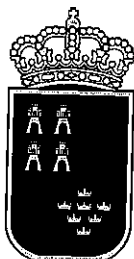
En Murcia, a 18 de julio de 2022

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] instancia de [REDACTED] representada por la procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo Sánchez y asistida del letrado Don Bartolomé Giménez Ibarra frente a Banco Santander SA representado por la procuradora [REDACTED] y asistido de la letrada [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 7 de octubre de 2021 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 estipulación financiera quinta sobre gastos de la escritura de 17 de octubre de 2013, se condene a la entidad demandada abonar a su representada la cantidad de 459,42 euros más los intereses legales desde la fecha en que su mandante realizó los pagos de las facturas de gastos y hasta el día de sentencia, más los intereses del artículo 576 de la LEC y hasta su completo pago, se declara la nulidad de la comisión de apertura, condenando a la demandada a abonar a su mandante la cantidad de 290 euros más los intereses legales desde el 17 de octubre de 2013 y hasta su completo pago, y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO: Mediante decreto de fecha 11 de mayo de 2022, subsanados los defectos observados, se admite a trámite la demanda y se emplaza a la parte demandada para que presente su escrito de contestación.



Firmado por [REDACTED]
[REDACTED]

TERCERO: En escrito de fecha 13 de junio de 2022, la representación procesal de la demandada, contestó la demanda.

CUARTO: En diligencia de fecha 14 de junio de 2022 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 8 de julio de 2022.

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 declare nulas la cláusula denominada "gastos y comisión de apertura" insertas en la escritura de fecha 17 de octubre de 2013 +y como consecuencia de tal declaración que se condene a la demandada a restituirle las cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en aplicación de tal cláusula, y todo ello, con sus intereses legales, más las costas del procedimiento.

Frente a dicha pretensión, la demandada se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula gastos, invocando a continuación la prescripción de la acción de reclamación de cantidad y la validez y no abusividad de la cláusula sobre comisión de apertura.

SEGUNDO: Sobre el allanamiento.

En el presente litigio la parte demandada se allanó a las pretensiones ejercitadas en su contra en relación a la cláusula sobre gastos respecto a los gastos de formalización de la operación, y estimándose dada la acción ejercitada – la acción prevista en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, artículo 8 de la Ley 7/1998 y artículo 1300 del Código Civil, - no se ha hecho en fraude de ley, no supone una renuncia contra el interés general ni tampoco se ocasiona perjuicio alguno a tercero, procede a tenor del artículo 21 de la Ley Procesal, dictar sentencia estimatoria de las pretensiones de la actora en cuanto a la nulidad de la citada cláusula.

TERCERO: Sobre la prescripción.

Invoca la demandada la prescripción de la acción para reclamar la devolución de las cantidades pretendidas de contrario, apelando a los artículos 1964 y 1969 del Código Civil, y para solventar esta cuestión deben recordarse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, que indicaron que nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta y no de anulabilidad, y así lo indican con claridad las sentencias del

Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 y 25 de marzo de 2.015; esta última vino a señalar lo siguiente: *"Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "(...) declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". La sentencia de este mismo Tribunal de 13 de marzo de 2012, indicó "se trata (...) de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente"*.

Sobre la prescripción, se ha pronunciado recientemente el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2002, afirmando: *'Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.'*

Dicho esto y tomando en consideración que en el supuesto que nos ocupa se ejercita acción de nulidad de condiciones generales, ha de indicarse que dicha acción no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 LCGC señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil. Asimismo, el art. 83 RDL 1/2007 TRLGDCU dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, con la prevención de que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Sentado lo anterior, es cierto que la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, en sentencia entre otras muchas, de 10 de enero de 2019, considera aplicable a la acción de restitución de cantidades el artículo 1964 del Código Civil, es decir el plazo de quince años para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, plazo que es de aplicación con arreglo a la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, al ser una relación jurídica ya existente al momento de producirse la modificación del artículo 1964 por su remisión al artículo 1939, señalando a continuación la indicada resolución, que el día inicial del plazo debe ser el momento en que se hizo el pago; siendo ello así, cabe concluir a tenor de la doctrina recogida en la expresada resolución de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que la acción para exigir el reembolso de la sumas pagadas por mor de la escritura objeto de esta litis, estaría prescrita, no así la acción de nulidad que como se ha expresado es imprescriptible, siendo de destacar que este criterio de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia se ha venido manteniendo en posteriores resoluciones,

debiendo destacarse entre las más recientes, la sentencia de 15 de octubre de 2020, dictada tras el pronunciamiento del TJUE al respecto. Y se dice estaría, porque como es sabido, el Tribunal Supremo en el Auto de Pleno de 22 de julio de 2021, ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el plazo de prescripción, y ha planteado al Tribunal comunitario, las siguientes cuestiones: 1.- ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula? 2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)? 3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior?. Y a tenor los escenarios posibles que ha tomado en consideración el Tribunal Supremo en el planteamiento de la cuestión para computar el plazo de prescripción, pues en el primero de ellos, el día inicial del plazo de prescripción de la acción lo sitúa en la fecha del dictado de la sentencia que declara la nulidad, en el segundo, en la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios y en el tercero, en las sentencias del TJUE de 9 de julio y 16 de julio de 2020, evidente resulta, que en modo alguno podría considerarse prescrita la acción de reclamación de cantidad.

Rechazada la prescripción de la acción que invoca la demandada, y dado que ni siquiera ha cuestionado la suma a reintegrar por mor de la declaración de nulidad de la cláusula gastos, es claro, sin necesidad de mayores argumentos, acreditando tal suma la documental adjunta a la demanda, que ha de condenarse a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 459,42 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.

CUARTO: Sobre la comisión de apertura.

La estipulación cuarta estableció una comisión de apertura del 0,50% con un mínimo de 290 euros.

Pues bien, sobre la comisión de apertura, doctrina extrapolable a la comisión de modificación, 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 alguno 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 solicitud de préstamo, ni oferta, ni ficha fiper, ni ningún otro documento que informe al prestatario sobre 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 por tal concepto abonó, 290 euros, por cuanto además de aportar documental en orden a acreditar lo abonado a estos efectos – vid documento nº 4-, sucede que la propia escritura no impugnada por la demandada, revela el abono del tal suma, por lo que

ha de condenarse a la demandada a abonar a la actora la expresada cantidad, que devengará intereses desde la fecha de su abono, hasta su completo pago, además de los procesales.

QUINTO: Sobre las costas.

Sobre las costas, ha de comenzarse por recordar lo establecido en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone en su apartado primero que si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el Tribunal, razonándolo en sentencia, aprecie mala fe en el demandado, y que se entenderá que, en todo caso existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación; y en el segundo, que si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado primero del artículo anterior, que dispone a su vez que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razones, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, y que para apreciar a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudosa se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

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”.

Y desde estas consideraciones, y dado que la suma a devolver no puede erigirse en criterio a tener en cuenta para resolver el pronunciamiento en materia de costas, dado que consta acreditado en autos que la actora le dirigió reclamación extrajudicial a la demandada en septiembre de 2021, concretando los gastos, y dado finalmente que la existencia de dudas de derecho respecto de la comisión de apertura y prescripción no es motivo a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2020, para exonerar a la demandada de la imposición de costas, en tales circunstancias, 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 pleno derecho por abusivas de la cláusula gastos, en la parte de la misma que imponen al prestatario el pago de todos gastos de formalización de la operación y la nulidad de la comisión de apertura insertas ambas en la escritura de 17 de octubre de 2013, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc, eliminando tales cláusulas y manteniendo la vigencia del contrato sin su aplicación, condenando a la demandada a reintegrar a la actora por mor de la aplicación de la cláusula

gastos y comisión de apertura la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (749,42) 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, condenando a la demandada al abono de 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.

