

**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

N.I.G.: [REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GADME.TMPO.DESTARIO.DER.FIS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

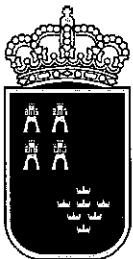
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

Murcia, a 27 de octubre de 2022.

Visto por mí, [REDACTED] Juez del Juzgado de Primera Instancia número Once de esta Ciudad, el presente juicio ordinario, tramitado con el número [REDACTED] a instancias de [REDACTED] representado/s por el/la Procurador/a D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y defendido/s por el/la Letrado/a D./D^a Bartolomé Giménez Ibarra, contra la mercantil "CAIXABANK, S.A.", representada por el/la Procurador/a [REDACTED] asistida por el/la Letrado/a [REDACTED] que tiene por objeto la nulidad de condiciones generales de contratación y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero. - Por el/la Procurador/a D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó escrito que, por reparto, correspondió a este Juzgado promoviendo demanda de juicio ordinario contra la entidad "CAIXABANK, S.A.", en la que solicitaba al Juzgado que se declarara la nulidad de la cláusula de gastos prevista en la escritura de 18 de julio de 2012, con devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula más los intereses legales desde su abono e intereses procesales. De igual modo, solicitó la nulidad de la cláusula de comisión de apertura con devolución de cantidad. Todo ello con la imposición de las costas a la parte demandada.

Segundo. - Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció en tiempo y forma representada por el/la Procurador/a D./D^a. Gemma María Pérez Haya, se allanó en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, pero se opuso a la restitución de cantidades por entender que la acción estaba prescrita. De igual modo, se opuso a la nulidad de la comisión de apertura por considerar válida añadiendo que, además, la acción estaba prescrita.

Tercero. - Señalado día para la celebración de audiencia previa, comparecieron las partes, las cuales manifestaron que subsistía el litigio sin existir posibilidad de llegar a un acuerdo.

A continuación, las partes propusieron prueba documental, admitiéndose la misma en los términos que se refleja en el Acta levantada al efecto y visto que, en aplicación del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no era necesaria la celebración de la vista, quedaron los autos vistos para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Posiciones de las partes

La parte actora ejercita una acción de nulidad de condición general de la contratación contenida en la escritura de préstamo hipotecario, de fecha 18 de julio de 2012, que se firmó por la entidad acreedora e interviniendo como prestataria la actora, interesando la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a gastos,

con las consecuencias aparejadas a dicha eliminación, así como, la nulidad de la comisión de apertura.

La demandada se allanó en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, pero se opuso a la restitución de cantidades por entender que la acción estaba prescrita, así como, también se opuso a la declaración de nulidad de la comisión de apertura y a la restitución de cantidad alegando que la acción estaba prescrita.

SEGUNDO. – Allanamiento.

El allanamiento es el acto procesal del demandado por el cual manifiesta su conformidad con las pretensiones del actor y abandona toda oposición a las mismas.

En el presente procedimiento, la demandada se ha allanado respecto de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos.

A tal fin, se dictará sentencia en la que se acoja este allanamiento resolviendo a continuación el resto de pretensiones no allanadas.

TERCERO. – Prescripción.

La demandada alega que la acción de restitución que ejerce la parte actora se encuentra prescrita.

Toda vez que no se ejerce una acción de anulabilidad basada en un vicio del consentimiento con fundamento en el artículo 1300 del Código Civil, sino una acción de nulidad absoluta basada en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la acción no se encuentra sometida al plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil.

La acción declarativa de nulidad no prescribe nunca según señala jurisprudencia unánime (STS de 21 de enero de 2003, RJ 563; 24 de abril de 2013, RJ 3692; 19 de noviembre de 2015, RJ 5501; 6 de octubre de 2016, RJ 4756). No obstante, esta acción se distingue de la acción de restitución de lo entregado, que sí está sometida al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil,

que hasta la reforma operada por la Ley 42/2015 en el artículo 1964 del Código Civil era de quince años y no de cinco. Esta ley entró en vigor el 7 de octubre de 2015.

La cuestión polémica en este momento para la jurisprudencia es el *dies a quo* o momento en que comienza a contarse el plazo de prescripción. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C698/18 y C699/18, y de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, consideran compatible con el derecho de la Unión para la protección del consumidor fijar plazos razonables de carácter preclusivo para reclamar cantidades obtenidas en la aplicación de una cláusula declarada nula por abusiva y entiende vigentes los principios de: i) equivalencia, de forma que el plazo fijado no puede ser inferior al aplicable a recursos similares de carácter interno; ii) efectividad, de modo que no se puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho; iii) y de seguridad jurídica, que fundamenta la prescripción de la acción resarcitoria. En consecuencia, el tribunal europeo estima compatible con la Directiva 93/13 la existencia de un plazo de prescripción siempre que ni por el momento en que ese plazo comienza a correr ni por su duración se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

De acuerdo con estos principios, el tribunal europeo estimó en la sentencia de 9 de julio de 2020 que un plazo de tres años que comienza a contarse desde el cumplimiento del contrato es contrario a la Directiva cuando en otras acciones similares del derecho interno este plazo empieza a computarse desde la declaración de nulidad, porque se quiebra el principio de equivalencia. A su vez, en la sentencia de 16 de julio el tribunal valoró que un plazo de prescripción de cinco años que comienza a contarse desde la celebración del contrato también es contrario a la Directiva porque vulnera el principio de eficacia al hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor.

A falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado lugar a sentencias discrepantes de las audiencias. No obstante, el Tribunal Supremo formuló una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante auto de 22 de julio de

2021 en la que plantea en virtud del principio de seguridad jurídica si el plazo de prescripción debe contarse desde la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos, o en su defecto desde la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 que fijó doctrina sobre los efectos sustitutorios, o en su defecto desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 que declaró que la acción de restitución podía estar sujeta a plazo de prescripción.

No conocemos todavía la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero lo que sí sabemos en este momento es que, para el Tribunal Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia europea, el plazo de prescripción comienza a contarse: bien desde que se dicte la sentencia que declara la nulidad de la cláusula suelo, bien desde el 23 de enero de 2019, bien desde el 9 de julio de 2020. Cualquiera que sea la respuesta y tomando en consideración el plazo de prescripción de 5 años del artículo 1964 del Código Civil, la acción de reclamación de gastos que aquí se ejerce no está prescrita. De igual modo, tampoco está prescrita la acción de nulidad de la comisión de apertura.

CUARTO. - Cláusula de gastos.

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.

QUINTO. – Consecuencias de la nulidad.

La prueba practicada sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos se limita a la documental aportada al proceso, consistente en la escritura de 18 de julio de 2012, en cuya estipulación quinta se establece que los gastos que se deriven de la escritura serán de cuenta del adquirente.

Esta 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. La misma, además, 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 omnicomprendido 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).

De este modo, la cantidad que debe abonar la entidad demandada a la actora por este concepto asciende a 761,21 €, cantidad que resulta de los siguientes conceptos.

- **Notaría 266,42 € (50% de la factura de notaría).**
- **Registro 154,78 € (100%).**
- **Gestoría 340,01 € (100%).**

SEXTO. – Comisión de apertura.

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 de la escritura de préstamo hipotecario de 18 de julio de 2012 que establece una comisión de apertura de 0,85 % sobre el capital que no responde a ningún servicio complementario o prestación adicional que el consumidor haya solicitado o pudiera rechazar en contra de 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 de apertura 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.

De este modo, declarada nula la cláusula de comisión de apertura por abusiva, la entidad demandada deberá abonar a la parte actora la cantidad de 705,50 € más el interés legal desde la fecha de la escritura. El pago resulta probado mediante la escritura que es documento público.

SÉPTIMO. - De las costas

La estimación de la demanda supone la condena de la demandada a pagar las costas procesales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (STS 7-5-2008; 15-6-2006).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Estimo la demanda interpuesta por [REDACTED] representado/s por el/la Procurador/a D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo, frente a la mercantil **CAIXABANK S.A.** y, en consecuencia, **declaro** nula la cláusula quinta relativa a la imputación de gastos prevista en la escritura de 18 de julio de 2012 y, en consecuencia, condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de **761,21** €.

Declaro nula la cláusula de comisión de apertura prevista en la escritura de 18 de julio de 2012, la cual se tiene por no puesta y, en consecuencia, **condeno** a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 705,50 € más los intereses legales desde la fecha de la escritura.

Todo ello con expresa **imposición de costas** a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, contra la que cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, para la interposición de este recurso es preciso la consignación en concepto de depósito de la cantidad de CINCUENTA EUROS en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado abierta en la entidad Banco Santander, que deberá estar efectuado al tiempo de la interposición del mismo y debidamente acreditado; en su defecto el recurso no será admitido. Asimismo, se ha de acreditar, en los casos en que procede, que se ha abonado la tasa correspondiente.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

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

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