

**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: MCC
Modelo: N04390

N.I.G.: [REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE, DEMANDANTE 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. CAJAMAR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

Murcia, a 25 de octubre de 2022.

Visto por mí, [REDACTED] Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 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 “Cajamar, S.A”, representada por el/la Procurador/a [REDACTED] y 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 “Cajamar, S.A”, solicitando al Juzgado que se declarara la nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de gastos de las escrituras de 30 de



septiembre de 1999 y la nulidad de la comisión de apertura con devolución de las cantidades debidas.

Segundo. - Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció en tiempo y forma representada por el/la Procurador/a D./D^a. Amelia Rico Úbeda, solicitó suspensión de la Audiencia Previa por cuestión prejudicial y se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos oponiéndose a la restitución de cantidad alegando que la misma estaba prescrita. De igual modo, se opuso a la declaración de nulidad de la comisión de apertura.

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.

La parte demanda desistió de la petición de suspensión de la Audiencia Previa por cuestión prejudicial.

En el acto las partes propusieron prueba documental, la cual fue admitida, y los autos quedaron pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Posición de las partes y objeto del litigio.

Nos hallamos ante un juicio ordinario en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación incluidas en la escritura de 30 de septiembre de 1999. En concreto, se expone en la demanda que la parte actora, en su condición de consumidor, suscribió con la demandada la referida escritura en virtud de la cual se atribuye, al prestatario el pago de los gastos en ella relacionados, solicitando la declaración de su nulidad y la correlativa devolución de las cantidades abonadas en tal concepto, con sus correspondientes intereses, así como, la nulidad de la cláusula de comisión de apertura. Con imposición de costas a la demandada.

La parte demandada se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos oponiéndose a la restitución de cantidad alegando que la misma estaba

prescrita. De igual modo, se opuso a la declaración de nulidad de la comisión de apertura.

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 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. – 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.

CUARTO. – 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 30 de septiembre de 1999, en la cual 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 omnicomprensivo 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 la entidad demandada deberá abonar a la actora por este concepto asciende a 398,32 €

- **Notaría 204,29€**, 50% de la factura.
- **Registro 11,99 €**, 100% de la factura.
- **Gestoría 22,04 €** 100% de la gestoría según consta de sumar los honorarios más el IVA.

QUINTO. - Cláusula de 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 30 de septiembre de 1999 que establece una comisión de apertura de 1% 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 450,76 € más el interés legal desde la fecha de la escritura. El pago resulta probado mediante la escritura que es documento público.

SEXTO. –Costas.

Pese a la estimación parcial de la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada de acuerdo con el principio de efectividad del derecho de La Unión Europea y la Directiva 93/13 (STJUE 16-7-20 asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19). El consumidor que obtiene la declaración de nulidad de una cláusula y la restitución de parte de las cantidades reclamadas como consecuencia de esta nulidad no debe cargar ni siquiera con una parte de las costas procesales, pues un reparto de las costas podría disuadir al resto de consumidores de reclamar los derechos que les corresponden en relación con las cláusulas abusivas.

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

FALLO

ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo, actuando en nombre y representación de [REDACTED], frente a la mercantil “**Cajamar, S.A**”, y, en consecuencia, **declaro nula** la cláusula que impone los gastos al prestatario prevista en la escritura de 30 de septiembre de 1999, la cual se tiene por no puesta y **condeno** a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 398,32 € con los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos.

Declaro nula la cláusula de comisión de apertura prevista en la escritura de 30 de septiembre de 1999, la cual se tiene por no puesta y **condeno** a la demanda a abonar a la actora la cantidad de 450,76 € con los intereses legales desde la fecha de la escritura.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales.

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.