

**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: MMG  
Modelo: 0030K0

N.I.G. [REDACTED]

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION** [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.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. CAJAMAR

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

**SENTENCIA n° [REDACTED]**

En Murcia, a 20 de enero de 2023.

Vistos por [REDACTED], Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, los presentes autos de Juicio Ordinario número [REDACTED] seguidos a instancia de [REDACTED]

[REDACTED] representados por la procuradora Dña. Rocío Bernal Barnuevo, bajo la dirección del letrado D. Bartolomé Giménez Ibarra, contra la entidad **CAJAMAR SA**, representada por el procurador [REDACTED] y asistida por el letrado [REDACTED] que tiene por objeto la **nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la parte actora formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad CAJAMAR SA en la que solicitó que se declarara la nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula de **gastos** (estipulación SEPTIMA) de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 19 de enero de 2007, autorizada por el notario de Albacete D. Julio Berberena Loperena, bajo el nº 165 de su protocolo



(doc. 2 de la demanda), con devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, en concreto 1218,62 euros, más los intereses correspondientes, con condena en costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda y emplazada en legal forma la parte demandada, la entidad bancaria se personó y presentó escrito de contestación en el que se allanó a la pretensión de nulidad de la cláusula de gastos pero se opuso a al reembolso de alegado la prescripción, instando la desestimación de la demanda sin imposición de costas.

**TERCERO.-** Citadas las partes para la celebración de la audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 17/01/2023 en presencia de los interesados, en la forma que quedó grabada en formato audiovisual, con asistencia de la procuradora Dña. [REDACTED] en sustitución de [REDACTED] Conesa por la parte demandada.

La actora aceptó el allanamiento de la demandada y formuló alegaciones oponiéndose a la excepción de prescripción de la acción de reembolso, instando la imposición de costas a la demandada.

Ambas partes ratificaron sus respectivos escritos y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba fueron admitidos como únicos medios de prueba las documentales que tenían aportadas con los escritos de demanda y contestación, quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO.- Cláusula abusiva.**

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 aquéllas 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".

En este caso no se niega la condición de consumidores de los demandantes.

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.- 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.

**TERCERO.- Sobre la nulidad de la cláusula de atribución de gastos (Estipulación SEPTIMA) de la escritura de 19/01/2007. Allanamiento de la entidad demandada a la declaración de nulidad.**

La estipulación SEPTIMA de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 19 de enero de 2007, autorizada por el notario de Albacete D. Julio Berberena Loperena, bajo el nº 165 de su protocolo (doc. 2 de la demanda), establece que:

*"Serán de cuenta de la parte deudora todos los gastos derivados del otorgamiento de la presente escritura, y sus copias, y las de aclaración, subsanación o rectificación, si las hubiere, incluyendo los gastos de aranceles notariales, registrales, tasas e impuestos y cualesquiera otros necesarios para la inscripción de la primera y sucesivas copias de la presente escritura en el/los Registro/s de la Propiedad correspondiente/s, siendo para la Caja la primera copia que se expida, cuyo coste será por cuenta de la parte deudora en su totalidad.*

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, pues la entidad bancaria no ha demostrado lo contrario y 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).

Esta estipulación impone al consumidor el pago de todos los gastos sin distinción alguna, por lo que resulta abusiva y debe ser declarada nula, ya que el carácter omnicompreensivo 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).

Consecuentemente, procede declarar la nulidad de esta cláusula por su carácter abusivo, máxime cuando la parte demandada se ha allanado a esta pretensión y el allanamiento es válido por no ser contrario a la Ley, ni al orden público, ni causar perjuicio para tercero (art. 21 LEC)



#### **CUARTO.- Determinación de la restitución en el caso concreto.**

En base a todo lo expuesto y de acuerdo con la petición efectuada por la parte actora y la documental aportada con su demanda (doc. 6), la cuantía de los gastos objeto de restitución asciende a **1218,62 euros**, que comprende el 50% de la factura de notaría (205,08 euros), así como el total de los gastos de registro (314,26 euros), gestoría (168,20 euros) y tasación (531,08 euros). Se abonarán asimismo los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos.

#### **QUINTO.- Sobre la prescripción de la acción de reembolso.**

La demandada alega que la acción de restitución de los gastos indebidamente satisfechos en aplicación de la cláusula nula 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.

#### **SEXTO.- Costas**

Procede la condena en costas a la parte demandada conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

ESTIMANDO la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Rocío Bernal Barnuevo, en nombre y representación de [REDACTED], frente a la mercantil **CAJAMAR SA:**

**Declaro nula la cláusula de atribución de gastos,** ESTIPULACION SEPTIMA de la escritura de novación de préstamo hipotecario de **19 de enero de 2007**, autorizada por el notario de Albacete D. Julio Berberena Loperena, bajo el nº 165 de su protocolo (doc. 2 de la demanda), la cual se tiene por no puesta,

**Condeno** a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de **1218,62 euros**, que comprende el 50% de la factura de notaría (205,08 euros), así como el total de los gastos de registro (314,26 euros), gestoría (168,20 euros) y tasación (531,08 euros), más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la sentencia y los intereses procesales del art. 576 LEC desde el dictado de ésta y hasta el completo pago.

**Condeno** a la demandada a pagar las **costas** procesales.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta sentencia cabe interponer recurso de **apelación** en el plazo de **veinte días** a contar desde el siguiente a su notificación, ante la Audiencia Provincial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un **depósito de 50 euros**, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el SANTANDER, en la cuenta de este expediente 5348-0000-CLASE-Nº-AÑO, indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO

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.



