

JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 CUENCA

SENTENCIA: 00209/2020

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000481 /2018

Procedimiento origen: /
Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO. PER. FIS
DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA, RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA
DEMANDADO D/ña. LIBERBANK, S.A.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Cuenca, a treinta y uno de marzo de dos mil veinte.
D^a , Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, provincia de Cuenca, en funciones de refuerzo de este Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Cuenca, ha visto los autos de Juicio Ordinario registrados con el número 481/2018, promovidos por D. y por D^a , ambos mayores de edad, representados ambos por la Procuradora de los Tribunales D^a y asistidos por la Letrada D^a , en sustitución del Letrado D. Rodrigo Pérez del Villar Cuesta, contra la entidad mercantil LIBERBANK S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a y asistida por la Letrada D^a , en sustitución de la Letrada D^a , sobre acción de nulidad de condición general de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. y por D^a , a través de su representación procesal, se presentó demanda que por turno de reparto ha correspondido a este Juzgado frente a la entidad mercantil LIBERBANK S.A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de pertinente aplicación, terminó suplicando al Juzgado que se dicte sentencia conforme al suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada para que compareciese y la contestase en el plazo de veinte días, lo que hizo en el sentido de oponerse, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando al Juzgado lo expuesto en su escrito de contestación, convocándose a las partes a la celebración de la preceptiva audiencia previa, que tuvo lugar el día señalado, con asistencia de ambas partes, actora y demandada, que se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

En su contestación, la entidad demandada alegó la excepción de **prescripción de la acción** de reclamación de cantidad, derivada de la acción declarativa de nulidad.

Asimismo, al ser la prueba documental incorporada a las actuaciones la única propuesta por las partes, quedó la causa para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 429.8 de la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado, en lo sustancial, todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar Sentencia, debido al volumen de trabajo asumido por esta Juzgadora en el desempeño de sus funciones de refuerzo en este Juzgado y en el Juzgado Único de lo Social de esta localidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, y con carácter previo a entrar a resolver sobre el fondo del asunto, ha de examinarse la excepción planteada por la entidad demandada de **prescripción de la acción** de reclamación de cantidad derivada de la acción declarativa de nulidad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en el caso de autos se ejercita por la parte actora una acción declarativa de nulidad de una condición general de la contratación.

De este modo, y de conformidad con el artículo 19.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), *"la acción declarativa es imprescriptible"*.

Así, cuando se trata del ejercicio de acciones declarativas de nulidad de condiciones generales de la contratación, como acontece en este caso, no rige el régimen general contemplado en el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, donde el artículo 1.964 de dicho cuerpo legal establece un plazo de quince años para el ejercicio de la acción, sino que se aplica la legislación específica en la materia (LCGC).

De conformidad con el artículo 1.301 del CC que *"la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato
".

En este sentido, hay que tener en cuenta que según declara la **STS del Pleno de la Sala de lo Civil nº 769/2014, de 12 de enero de 2015**, negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección, sentando como doctrina la de que *"en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no*

puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

Esta doctrina ha sido reiterada en la **STS, Sala de lo Civil, nº 89/2018 de 19 de febrero**, a propósito de los contratos swaps, según la cual " *mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

Por tanto, atendiendo a la doctrina anteriormente referida, cabe llegar a la conclusión de que en el presente caso, **si bien la Escritura objeto de litigio es de fecha 14 de febrero de 2003, no puede considerarse dicha fecha como *dies a quo* para el comienzo del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de nulidad ejercitada por la actora, toda vez que, tal y como señala el Tribunal Supremo en la citada STS de 19 de febrero de 2018, el momento inicial de ejercicio de la acción de anulación por error no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.**

Asimismo, y con respecto a la prescripción de las acciones, hay que tener en cuenta que dicha figura jurídica se configura como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica; así, la caducidad, al igual que la prescripción, debe ser tratada de forma restrictiva en lo que se refiere al término inicial a partir del cual debe comenzar el cómputo del plazo, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas al respecto, no deben resolverse, en principio, en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, habiendo evolucionado la Jurisprudencia al respecto, desde posiciones más rigurosas a otras que procuran favorecer en lo posible la pervivencia de la acción, habiendo entendido incluso el Tribunal Constitucional que sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación de la prescripción que hiciera imposible en la práctica el ejercicio de la acción (como ejemplo, la STC 125/2004, de 19 de julio; la STC 160/1997, de 3 de octubre o la STC 168/1997, de 13 de octubre, entre otras).

Así, cuando se trata del ejercicio de acciones declarativas de nulidad de condiciones generales de la contratación, como acontece en este caso, no rige el régimen general contemplado en el Código Civil para la nulidad de los contratos, donde el artículo 1.301 de dicho cuerpo legal establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad, sino que se aplica la legislación específica en la materia (LCGC).

Asimismo, **se ha de tener en cuenta que la reclamación de cantidad se presenta en este caso como un efecto inherente a la declaración de nulidad ejercitada como acción principal**, puesto que los efectos de una hipotética declaración de nulidad de la cláusula contractual objeto de litigio se traducen en la restitución de prestaciones entre las partes y, por tanto, la devolución por la entidad demandada de las cantidades abonadas indebidamente por los

demandantes por aplicación de la cláusula de gastos; efectos que se producen por ministerio de la ley.

Por tanto, atendiendo a lo anteriormente expuesto, **no cabe entender prescrita la acción de reclamación de cantidad** derivada de la acción declarativa de nulidad ejercitada por la parte actora.

SEGUNDO.- Una vez resuelta la excepción planteada por la parte demandada, se ha de examinar el fondo del asunto.

Se ejercita por la parte actora una acción de nulidad de dos condiciones generales de la contratación contenidas en la Escritura de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003, a saber: la cláusula cuarta, en el apartado “comisión de apertura” de un 1,75%.

También la cláusula quinta, en virtud de la cual se atribuyen al prestatario todos los gastos derivados de la constitución y formalización del préstamo hipotecario relativos a notaría, registro y gestoría.

Según la parte actora, las citadas cláusulas son nulas porque las mismas no fueron negociadas individualmente, sino que fueron impuestas por la entidad demandada a los demandantes, quienes no recibieron información previa, clara y comprensible por parte de aquélla, y con carácter previo al préstamo hipotecario, del alcance de las referidas cláusulas; así, arguye la parte actora que hubo falta de transparencia en las mencionadas condiciones generales de la contratación, existiendo un vicio del consentimiento por error en la parte demandante.

Por su parte, la entidad demandada se opuso a la demanda negando el carácter abusivo de las cláusulas, alegando, que las mismas superan los controles de inclusión y transparencia al haberse cumplido dichos requisitos en la citada cláusula. Así, argumenta la demandada que la parte demandante recibió información precisa, clara y comprensible acerca de las cláusulas litigiosas.

Por tanto, atendiendo a las alegaciones de las partes, las **cuestiones controvertidas** en este procedimiento se contraen a determinar si la cláusula de gastos contenida en la Escritura Pública es o no abusiva y, en su caso, nula, y los efectos de dicha nulidad, determinando si procede o no la devolución de los conceptos reclamados por la parte actora. También si la cláusula contenida en la Escritura Pública, en el apartado relativo a "comisión de apertura", es o no abusiva y, en su caso, nula, y los efectos de dicha nulidad.

TERCERO.- En cuanto a la cuestión controvertida en autos relativa a determinar si la **cláusula de gastos** contenida en la Escritura de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003 es o no abusiva y, en su caso, nula, ha de dirimirse sobre el carácter abusivo de una cláusula que en un contrato de préstamo hipotecario impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación concreta sino más bien de forma genérica, el pago de los gastos y tributos derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y por ello si el referido pacto ha de tildarse de nulo.

CUARTO.- Con relación a los **gastos derivados de la inscripción de la hipoteca**, no cabe duda que la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quién beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión como queda dicho.

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha dictado varias sentencias fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado y, concretamente, sobre la cláusula contractual que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario (SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero).

De conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada en las referidas Sentencias, se trata de pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. Sin embargo, la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde, debiendo correr el pago de esas cantidades a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

De este modo, y de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, **la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.**

QUINTO.- Respecto de los **gastos de gestoría o tramitación**, si bien tampoco no se aprecia la existencia de norma o disposición legal que señale a quién ha de corresponder su abono, cabría, como en el supuesto anterior, estimarla abusiva, y por ello nula, en el caso de producir un desequilibrio entre las partes contratantes (art. 82-1 TRLGCU) y, como en el caso que antecede, puede afirmarse que el mismo existe cuando el trato que dispensa el empresario al consumidor no lo querría para sí. Ello, por tanto, nos lleva al hecho concreto y ahora enjuiciado, siendo la realidad que la tramitación de las operaciones de formalización de la Escritura se llevó a cabo en la Gestoría impuesta por nula entidad demandada, sin dar opción al consumidor de su elección y sin posibilidad alguna de negociación.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada en las referidas **SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero**, **se impone el pago por mitad de los gastos de Gestoría entre el banco prestamista y el prestatario.**

SEXTO.- En cuanto a los **gastos y honorarios de la Notaría**, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del

contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

Sin embargo, en este sentido no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS.

En relación con los gastos y honorarios de la Notaría, establece la reciente **STS nº 147/2018, de 15 de marzo**, que "*en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias. Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación*".

Continúa señalando la citada **STS nº 147/2018, de 15 de marzo** que "*en cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:*

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

Pero el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario ».

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

*Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), **habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.***

*Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario . Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, **es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto** (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).*

*Mientras que, **respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento**".*

De conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada en las referidas SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, en cuanto al arancel notarial, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede 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; y 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 tanto, se impone el pago por mitad de los gastos de Notaría entre el banco prestamista y el prestatario.

SÉPTIMO.- Respecto de las pretensiones de condena dineraria, consistentes en la devolución de las cantidades abonadas en concepto de gastos, debe indicarse, en primer lugar, que la causa de pedir de estas peticiones dinerarias, como se infiere del propio encabezamiento y fundamentos jurídicos de la demanda, radica en la nulidad de cláusulas contractuales, por lo que la demanda debe ser rechazada en el concepto relativo a gastos de compraventa, pues en esta operación no fue parte la demandada ni se insta nulidad de cláusula alguna relativa a la misma.

En cuanto a los gastos derivados del préstamo hipotecario y posteriores ampliaciones y modificaciones, conforme a lo razonado en los fundamentos jurídicos anteriores, debe estimarse la petición de devolución, con las particularidades señaladas en los fundamentos jurídicos quinto y sexto respecto de los gastos de Gestoría y Notaría, respectivamente.

Por tanto, la entidad demandada habrá de abonar a la parte actora la suma de **337,77 euros**, en concepto de gastos derivados de la Escritura de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003 y relativos a los gastos de Registro de la Propiedad, Gestoría (50%) y Notaría (50%), al haber quedado acreditado su pago por la parte actora (*facturas aportadas*).

OCTAVO.- En cuanto al **devengo de intereses**, resulta del artículo 1.100 del CC que incurren en mora los obligados a entregar alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación, mientras que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.108 del mismo cuerpo legal, si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

En el presente caso, la parte actora solicita en la demanda "*el interés legal desde el momento del pago*", debiendo tener en cuenta, que de conformidad con la doctrina establecida en la **STS nº 725/2018, de 19 de diciembre**, **se devengarán los intereses legales desde la fecha de cada pago hasta la sentencia de instancia, devengándose desde entonces los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta su completo pago.**

NOVENO.- En cuanto a si la **cláusula cuarta de la Escritura de préstamo de 14 de febrero de 2003**, en el párrafo relativo a una comisión de apertura de un 1,75%, es o no abusiva y, en su caso, nula, hay que tener en cuenta que según el apartado 1 de dicha cláusula, "*En concepto de "comisión de apertura" se devengará el uno con setenta y cinco por ciento, por una sola vez, calculada sobre el principal de la operación, liquidándose a la formalización del préstamo*".

En este sentido, hay que tener en cuenta que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, en sus **Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero**, fija doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado.

Así, entre tales cuestiones, analiza la posible abusividad de la cláusula que, en un préstamo hipotecario, establece una comisión de apertura.

De este modo, 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 ello, atendiendo a lo anterior, así como a la doctrina expuesta del Tribunal Supremo, no se considera abusiva la cláusula cuarta del contrato de préstamo, en el extremo relativo al cobro de una comisión de apertura y, concretamente, la expresión *“En concepto de “comisión de apertura” se devengará el uno con setenta y cinco por ciento, por una sola vez, calculada sobre el principal de la operación, liquidándose a la formalización del préstamo”*.

DÉCIMO.- A la vista de lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, procede la estimación sustancial de la demanda, atendida la pretensión subsidiaria de la parte actora en su escrito de demanda.

DECIMOPRIMERO.- En relación con las **costas**, dada la estimación sustancial de la demanda, y de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS 1-7-1993; 5-1-1989; 4 julio de 1997; 7 marzo 1988; 21 diciembre de 2002; 22 de mayo de 1991; 10-7-2000; 1 de marzo del 2000; 21-10-2003; 7 de noviembre de 2005 o de 25 de marzo de 2008, entre otras), **las costas se impondrán a la parte demandada por aplicación del principio del vencimiento recogido en el artículo 394 de la LEC.**

En este sentido, dispone el artículo 394.3 que *“cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa”*.

En el presente caso, hay que tener en cuenta que siendo la acción principal ejercitada en el caso de autos una acción declarativa de nulidad de una condición general de la contratación, el cauce procedimental a seguir es el correspondiente al Juicio Ordinario, con independencia de la cuantía (art. 249.1.5º LEC).

De este modo, atendiendo a la Jurisprudencia menor, una lectura integrada de los arts. 253 a 255 LEC lleva a entender que su razón de ser fundamental -prácticamente única- es la

de fijar la cuantía cuando ésta tenga como misión determinar la clase de juicio a seguir; es decir, cuando no lo sea por razón de la materia (**AAP de Zaragoza, Secc. 5ª, de 3 de julio de 2017, Rec. 508/17**).

Por su parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 23/11/2017 (Recurso 329/2017)**, señala que “...*El control de oficio de la cuantía se limita a supuestos de inadecuación del procedimiento, y en este sentido debemos entender que el requerimiento de fijación de oficio no era ajustado, en el sentido que no afectaba a la clase de procedimiento*”, mientras que el **AAP de Alicante, Sección 8ª, de 5 de julio de 2017, (Rec. 2050/17)**, indica que “*No está por tanto sometida la acción de nulidad de condiciones generales de contratación a criterios cuantitativos sino exclusivamente materiales, sin perjuicio de la reclamación cuantitativa derivada de la aplicación del principio de "no vinculación" que ni siquiera condiciona la exigencia del art. 219 LEC -sentencias con reserva de liquidación- dado que las bases para fijar el importe adeudado son las propias de matemática financiera cuyos operadores obran en el propio contrato y que permiten, a través de operaciones aritméticas, fijar el importe en ejecución de sentencia*”.

El **Auto de la AP de Jaén, Secc. 1ª, de 19 de enero de 2017, (Rec. 1156/2016)**, insiste en la misma idea cuando dispone que “*No se puede por ello aplicar como hace la Juzgadora a quo lo dispuesto en el art. 254.4 LEC, pues el control de la cuantía sólo es factible en los supuestos en que la clase de juicio se determina por razón de la misma como el propio precepto anuncia*”.

Esto mismo ha sido mantenido por la Audiencia provincial de Cuenca en su **Auto de fecha 19 de abril de 2018**.

Por tanto, atendiendo a lo anteriormente expuesto, así como al criterio prácticamente unánime de nuestros Tribunales, cabe concluir que **la pretensión instada en el presente procedimiento, por razón de la materia a la que afecta, debe ser ventilada necesariamente a través del cauce del Juicio Ordinario, habiéndose determinado la cuantía como indeterminada por la parte actora.**

No obstante lo anterior, y pese a que la cuantía del procedimiento es indeterminada, lo que implicaría valorar la pretensión ejercitada por la actora, a efectos de costas procesales, en 18.000 euros, cabe aplicar en el caso de autos la salvedad a la que alude el citado artículo 394.3 de la LEC cuando dispone “ *salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa*”.

De este modo, pudiendo incardinarse el supuesto de autos en los llamados "pleitos masa", no se aprecia la complejidad que, para otra clase de asuntos, implicaría la valoración de la pretensión inestimable de la parte actora en 18.000 euros.

Ello, atendiendo al esfuerzo profesional en esta clase de pleitos, de conformidad con la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que valora el esfuerzo profesional no sólo aplicando criterios conforme a la cuantía sino también teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Así, ya ha manifestado en diversas ocasiones que “*no se trata de predeterminar, fijar o decidir cuáles deben ser los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que el trabajo de éste se remunera por la parte a quien defiende y con quien le vincula una relación de arrendamiento de servicios, libremente estipulada por las partes contratantes, sino de determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante, pues aunque la condena en costas va dirigida a resarcir al vencedor de los gastos originados directa e inmediatamente en el pleito entre los que se incluyen los honorarios del letrado, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a*

las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que, para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación de costas, resulte vinculante el preceptivo informe del Colegio de Abogados, ni ello suponga que el abogado minutante no pueda facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales.

Atendiendo a los criterios anteriormente expuestos, en especial el esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes, las normas orientadoras del Colegio de Abogados, el escrito de impugnación del recurso de casación, y considerando, como se ha explicado, que no se trata de fijar los honorarios derivados de los servicios del letrado minutante respecto de su cliente que libremente le eligió, sino de cuantificar un crédito derivado de la aplicación de un principio procesal de vencimiento objetivo... ” (Auto de 20 marzo 2012 RJ 2012\5125, Sección Primera, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).

Esta doctrina ha sido reiterada en diversas ocasiones por el Alto Tribunal, entre otros, en los Autos de 8 de enero de 2008 (JUR 2008, 28750) , 19 de mayo (JUR 2009, 267881), 16 de junio de 2009 (JUR 2009, 328351), 23 de septiembre de 2015 (recurso 619/2001), de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1.348/2013) y de 14 de septiembre de 2016; criterio también seguido por la jurisprudencia menor, como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 30 de septiembre de 2016.

Por tanto, atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, la cuantía a efectos de la práctica de la tasación de costas ascenderá a la suma de 8.200 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a _____, en nombre y representación de D. _____ y de D^a _____, contra la entidad mercantil LIBERBANK S.A., **debo desestimar y desestimo** la excepción planteada por la entidad demandada relativa a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad derivada de la acción de nulidad.

Asimismo, **debo declarar y declaro** la nulidad de la cláusula de imposición de gastos al prestatario contenida en la Escritura de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003, con las particularidades señaladas en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la presente resolución respecto de los gastos de Gestoría y Notaría, respectivamente, condenando a la demandada LIBERBANK S.A., a estar y pasar por dicha declaración.

En consecuencia, **debo condenar y condeno** a la entidad mercantil LIBERBANK S.A., a abonar a la parte actora la cantidad de **337,77 euros**, en concepto de gastos derivados de la Escritura de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003 y relativos a los gastos de Registro de la Propiedad, Gestoría (50%) y Notaría (50%), devengándose los intereses moratorios del artículo 1.108 del CC, respecto de dicha cantidad, **desde la fecha de interposición de la demanda**, y desde entonces los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta su completo pago.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, quedando fijada la cuantía a efectos de la práctica de la tasación de costas en la suma de 8.200 euros.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.