

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00147/2022

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000912 /2021

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO, AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO

DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

Salamanca, dos de febrero de dos mil veintidós.

Vistos por mí, _____, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9 de Salamanca, los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de DON _____ y de DOÑA _____, representados por el procurador/a Dª _____ y asistidos por el letrado/a Dª Azucena Natalia Rodríguez Picallo; contra Bankinter, SA, representado por el procurador/a Dª _____ y asistido por el letrado/a Dª _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El procurador instante, en la citada representación, presentó demanda de juicio ordinario frente Bankinter, SA ejercitando la acción de nulidad de las cláusulas de imposición y gastos a cargo del prestatario insertas en un préstamo hipotecario celebrado con la demandada. Solicita que se condene a la demandada a eliminar dichas cláusulas y a devolver lo indebidamente por gastos de notario (50%), registro, tasación y gestoría, más los intereses.

Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada que compareció en forma alegando prescripción de la acción y la validez de la cláusula pues es transparente y no es abusiva.

SEGUNDO. Seguidamente se convocó a las partes al acto de la audiencia previa donde se fijó la cuantía como indeterminada y solo se admitió como prueba la documental, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO. En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Audiencia Provincial de Salamanca ha establecido unos criterios relativos a la prescripción de la acción que se confirma tras la Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. La Sentencia nº 32/2020 de fecha 20 de enero de 2020 señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que en los casos de nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible (SSTS 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). Dicha acción no caduca puesto que, tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4596)).

Pero dicha sentencia señala que hay que distinguir entre la acción declarativa de nulidad y la acción de restitución de lo entregado, pues mientras la acción de declaración de nulidad es imprescriptible, sí prescribe la acción para reclamar la restitución de lo ejecutado. Funda esta tesis en la doctrina más autorizada [, Las nulidades de los contratos, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 65, 66 y 95; , Tratado de Contratos, , , 2010, pp. 671, 674 y 675; , Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 448; , "Comentario al art. 19", en (Dir.), Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, , , 2000, pp. 566 y 567].

En este mismo sentido, el auto del TS de fecha 22 de julio de 2021 plantea una Cuestión Prejudicial ante el TJUE, partiendo de la distinción entre la acción nulidad absoluta del contrato, que no prescribe y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que es una acción de naturaleza

personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil.

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 señala que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

Así pues, el plazo de prescripción de la restitución, la falta de otro específico es el general de las acciones personales establecido en el 1964.2 del Código Civil.

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 señala que los plazos de prescripción de tres años considerados en sentencias anteriores (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08 , EU:C:2010:193 , apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10 , EU:C:2011:844 , apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad por lo que la legislación española respeta dicho principio.

La APS examina la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 42/2015 (que establece una eficacia retroactiva parcial) y dictamina lo siguiente:

A) Para los contratos de préstamo o subrogación hipotecarios concluidos antes de la entrada en vigor del nuevo plazo general de prescripción de cinco años (7 de octubre de 2015), la acción de restitución de las cantidades abonadas en concepto de gastos hipotecarios en virtud de una cláusula nula por abusiva, no se puede considerar prescrita hasta que hubieran transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de esta modificación legal (es decir, hasta el 7 de octubre de 2020), salvo que ya hubieran prescrito antes de esta fecha con arreglo al plazo de prescripción anterior de quince años, comenzando el cómputo del plazo en todo caso desde el día del pago del último recibo correspondiente a los gastos hipotecarios (normalmente el de registro).

B) Para los contratos de préstamo o subrogación hipotecarios concluidos tras la entrada en vigor de la nueva regla prescriptiva, el 7 de octubre de 2015, la acción de restitución de las cantidades abonadas en concepto de gastos hipotecarios en virtud de una cláusula nula por abusiva prescribirá en el plazo de cinco años.

La cuestión más polémica, y que ha motivado el planteamiento de la cuestión prejudicial por el TS es la relativa al día inicial para el cómputo del plazo de prescripción.

El artículo 1969 del Código Civil establece lo siguiente: "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse".

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 considera que remitir el día inicial para el cómputo a la fecha de conclusión del contrato, con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

La SAP, nº 32/2020 de fecha 20 de enero de 2020, consideraba que la posibilidad de ejercicio de la acción debe interpretarse en clave subjetiva pues los consumidores podían no conocer la nulidad de la cláusula cuando perfeccionaron el contrato o pagaron los gastos. Señala que a raíz de la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015, (el 21 de enero de 2016, que es cuando se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial) cuando por primera vez el Tribunal Supremo declara abusiva la cláusula de gastos, el consumidor podía conocer que la cláusula de gastos era nula y que él podía reclamar al prestamista el abono de ciertas partidas económicas. Dada la notoriedad de la sentencia y la enorme publicidad que se ha hecho de la misma, el consumidor podía interponer su demanda

El TS aun no ha establecido un criterio pero del referido auto de 22 de julio de 2021 se deduce que de acuerdo con los anteriores pronunciamientos del TJUE (STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19 , apartados 51- 52, 60-66 y STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75) descarta que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva por lo que solo son posibles dos opciones:

a) Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Plante al TJUE si tal interpretación es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

b) De no ser la anterior interpretación conforme al principio de seguridad jurídica plantea si es conforme a las directivas considerar como fecha inicial la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019), o bien la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que

declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción, básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior.

En definitiva, es contrario al principio de efectividad tomar como día inicial para el cómputo el de perfección del contrato o el pago de los gastos.

En este caso, aplicando cualquiera de los criterios expuestos, la acción no está prescrita.

La parte demanda alega que la actora actúa con retraso desleal con cita del art. 7 del CC, en atención a la fecha de contratación del préstamo hipotecario.

Dispone el apartado 1 del artículo 7 del CC que los derechos deberán ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe.

El Tribunal Supremo, Sala 1, en la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2016, reitera la doctrina siguiente "El retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del CC), de forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor al efecto"

Las pretensiones aquí ejercitadas no implican un retraso desleal, pues no hay un hecho exteriorizado al margen de la mera pasividad para inducir la creencia en la renuncia del acreedor a su reclamación. Lo sucedido es que, a raíz de una jurisprudencia novedosa, los consumidores han tomado consciencia de haber sido sometidos a una situación injusta, sin que la falta de ejercicio de la acción pueda interpretarse como un acto propio revelador del conocimiento y asunción de la validez de la cláusula.

SEGUNDO. Estamos ante un contrato celebrado con consumidores por lo que es de aplicación la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril que se incorporó a la legislación nacional mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), norma que modificó, a través de su disposición adicional primera, el marco jurídico preexistente de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas, constituido por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y

usuarios. Actualmente, la regulación sobre cláusulas abusivas se contiene en los artículos 80 a 91 del 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 consumidores y usuarios.

La Directiva define el concepto de cláusula no negociada individualmente en el apartado 2 de su artículo 3. Declara que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

En el marco de la legislación nacional, el artículo 1 apartado 1 de la LCGC define las condiciones generales de la contratación como:

"las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."

Si se analiza el marco legal expuesto ha de concluirse que los elementos clave para decidir si una cláusula tiene carácter de condición general de la contratación son, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013: el carácter contractual, la predisposición unilateral, la generalidad, la imposición y la condición de profesional del predisponente.

La carga de la prueba de que la condición ha sido negociada le corresponde al empresario. Aunque la LCGC guarda silencio sobre este extremo, el artículo 10 bis de la LGDCU, hoy 82.2 del TRLGCIYU, dispone:

"El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba."

Las cláusulas se plantean en un contrato que es claramente de adhesión y han venido impuestas al prestatario, sin que se haya practicado ninguna prueba de la que pueda deducirse una posibilidad real de negociación previa a la contratación.

El artículo 82 de TR define las cláusulas abusivas como 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", todo ello 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.

El art. 89.3 TRLCU. califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º), como "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º).

El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3. 3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3. 3º letra c).

Asimismo, se considera siempre como abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

La atribución exclusiva en términos generales a los prestatarios de los gastos relativos a la prestación de servicios relacionados con el préstamo es abusiva y por lo tanto nula, y así lo declaró la STS 705/2015, de 23 de diciembre y otras posteriores.

TERCERO. En cuanto a los efectos restitutorios, se ha de estar a la jurisprudencia más reciente:

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 señala que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las

disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

La Sentencia nº 457/2020, de 24 de julio del TS toma en consideración la anterior del TJUE que establece 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», y que « si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar (apartado 54). De acuerdo con lo anterior el TS considera que una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debe entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados y a este respecto, ratifica la anterior establecida en las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero del Pleno de la Sala 1ª del TS, aunque con matices. Dichas sentencias establecían lo siguiente:

1- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

A- 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.

B- Arancel registral.

La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

C- Gastos de gestoría.

La citada sentencia, en síntesis, consideraba que las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, por lo que el gasto generado por este concepto debía de ser sufragado por mitad. Pero la STS 55/2020 de fecha 26/10/2020 señala que a raíz de la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020 se ha de reconsiderar esta cuestión. Señala el TS que con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Los gastos de tasación han sido examinados por el TS en la sentencia 35/2021 de fecha 27/1/2021. Aplicando la jurisprudencia del TJUE ya mencionada, considera que la tasación es un requisito necesario para acceder a la ejecución judicial (artículo 682.21º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y para la emisión de valores garantizados (artículo 2.7 de la LMH). Puesto que no hay normas aplicables al caso que determinen quien debe de abonar la tasación, es procedente su restitución íntegra al prestatario.

CUARTO. De los arts. 1295.1 y 1303 CC, se deduce la obligación recíproca de restitución de las prestaciones entre las partes con sus frutos "y el precio con sus intereses", por lo que las sumas indebidamente cobradas devengarán el interés legal desde la fecha en la que se hizo cada cobro indebido.

La estimación de la demanda es íntegra por lo que la parte demandada deberá de pagar las costas procesales, de acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad de las cláusulas litigiosas sobre gastos en los términos establecidos en esta resolución y, en consecuencia, condeno a la parte demandada al pago de los gastos de acuerdo con las lo señalado

en esta sentencia, más el interés legal desde la fecha de cada cobro indebido.

Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandada. La presente sentencia no es firme, y contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este mismo Juzgado en el plazo de los veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo acuerdo, mando y firmo.