



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 00539/2021

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO (ANTES COMANDANTE CABALLERO)
Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897
Correo electrónico: juzgadoinstancia6.oviedo@asturias.org

Equipo/usuario: MNS
Modelo: N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2021 0000616

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2021

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZALEZ
Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO
DEMANDADO D/ña. SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 539

En Oviedo, a treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos por D.^a **MARTA NAVAS SOLAR**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario n° 149/21 seguidos a instancia de D.^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco y con la asistencia letrada de D. Jorge Álvarez de Linera, frente a la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a [REDACTED] y con la asistencia letrada de D. [REDACTED], en el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco, en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio ordinario - posteriormente ampliada- , que turnada correspondió al presente Juzgado, en la que tras formular las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyó interesando que se dicte sentencia conforme al suplico de su escrito.



Firmado por: MARTA NAVAS SOLAR
05/04/2021 20:10
Minerva

Firmado por: ELENA MENENDEZ
VALDES
05/04/2021 20:36
Minerva



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y su ampliación presentada se dio traslado a la parte demandada, emplazándola para que en el plazo de veinte días contestara a la misma, lo que verificó en tiempo, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes, que se ratificaron en sus escritos y propusieron la prueba que estimaron oportuna y que se admitió, quedando los autos vistos para sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 429.8 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora una acción de nulidad de la cláusula 4ª, de comisión de apertura y comisión de reclamación de posiciones deudoras, de la 5ª, reguladora de los gastos, y de la 6ª, de intereses de demora, contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de 29 de noviembre de 2013, alegando, en síntesis, que dichas cláusulas, cuyo contenido fue impuesto por la entidad bancaria demandada sin posibilidad de negociación, son abusivas y, por lo tanto, nulas y solicita la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de las mismas.

La demandada defiende la validez de las comisiones en base a la normativa sectorial. En cuanto a la cláusula de gastos señala que está claramente redactada y no impone gastos que legalmente correspondan al empresario o se refieran a servicios no solicitados por el consumidor. No se opone expresamente a la nulidad de los intereses de demora. Opone, en todo caso, falta de legitimación activa de la actora por no concurrir al procedimiento todos los prestatarios de la operación.

SEGUNDO.- Empezando por la falta de legitimación activa, es cierto que el préstamo fue suscrito por D.ª María José Salgado y por D. Alberto González, y que la demanda ha sido interpuesta únicamente por aquélla, pero también lo es que ambos, dueños en por mitad y proindiviso del inmueble hipotecado, se obligaron solidariamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato litigioso (doc. 2 de la demanda), por lo que cualquiera de los comuneros puede ejercitar por sí mismo las acciones que beneficien a la comunidad, máxime si no concurre la oposición de quien o quienes la integran, bastando para la viabilidad de la demanda que la misma redunde en dicho beneficio, como ocurrirá, en el presente caso, en el supuesto de prosperar la acción ejercitada, por lo que se desestima la excepción planteada. En





este sentido se han pronunciado, entre otras, la SAP de Pontevedra de 26 de julio de 2017, con cita de SAP de Madrid de 18 de mayo de 2017 y SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2016 en la que declaró que "cualquiera de los cotitulares de los productos bancarios adquiridos puede ejercitar la acción de nulidad en beneficio de ambos cotitulares."

TERCERO.- Dispone la cláusula 4^a.1 lo que sigue: "Comisión de apertura: El préstamo que se instrumenta en la presente escritura, devenga a favor del Banco por el solo hecho de la formalización del mismo y por una sola vez, una comisión de apertura del 1,25%. Dicha comisión se calculará sobre el capital del préstamo y se devengará y hará efectiva en el día de hoy." (doc. 2 de la demanda)

Sobre esta materia es conveniente traer a colación la reciente STJUE de 16 de julio de 2020 que tras declarar que la comisión de apertura no constituye una prestación esencial del préstamo hipotecario, sostiene que el art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional.

Por su parte, la SAP de Asturias de 25 de mayo de 2017 que, con cita de SAP de Asturias de 30 de julio de 2015, ambas de la Sec. 5^a, señala que: " (...) respecto de su legitimidad ya nos pronunciamos en nuestro auto de 14-11-2.014 (nº 112/14, Rollo de Apelación 331/14) en el que analizamos la O.M. 12-12-1.989, la Circular del BE 8/1990 y la OM 9-5-1.994 (vigentes a la fecha de la suscripción del préstamo de autos y hoy sustituidas por la OM 2899/2.011 de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238) y la circular 5/2.012 de 27 de junio), y decíamos "Por el contrario, la comisión de apertura genera serias dudas sobre su legitimidad y esto porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria.

Efectivamente, encontramos referencia expresa a ella en la Circular 8/1.990 de 7 de junio, que desarrolla la Orden Ministerial 12-12-89, en su Norma 3-bis B que establece que se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de





estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo, repite su mención la Norma 8.4 C y, lo hace también el Anexo de la orden 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios.

A su vez, la Ley 3/2.009, de 31 de marzo, después de reiterar los principios de liberalización y realidad del Servicio o gasto repercutidos en su art. 5.1., en el ordinal 2, al referirse a los préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a como lo hace la precitada circular.

Al decir de la doctrina científica la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, siquiera la limitación cuantitativa establecida tanto en la Circular como en la Ley citada, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito, sugiere que, desde el plano normativo, la tan dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado el nominal como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio (pues al respecto conviene recordar como la normativa sectorial distingue las comisiones de los gastos que, en alguna ocasiones, en los contratos impropiamente se nombran como comisiones).

Esta referencia explícita de la normativa a "la comisión de apertura" no puede sin embargo soslayar la exigencia legal de que responda a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, ni menos la protección que al consumidor dispensa la L.G.D.C.U. respecto de la que el art. 1 de la ley 2/2.009 declara su preferencia si otorga mayor protección.

Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC (LEG 1889, 27) como en el Código de Comercio (LEG 1885, 21), no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero.

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras





del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún mas evanescente la identificación del gasto.

Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U. y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

De forma y concluyendo que como sea que la dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe de mantenerse su declaración de nulidad".

En consecuencia, descartado que la comisión forme parte del precio, en los términos indicados en la STJUE de 16 de julio de 2020, lo cierto es que la entidad bancaria no ha probado que la comisión repercutida se corresponda con los gastos que tuvo que soportar por la prestación de un servicio efectivo. Es cierto que la entidad trata de justificar su devengo a través del informe pericial acompañado como doc. 3 de la contestación, emitido en julio de 2018, que no pasa de ser un estudio genérico de la comisión de apertura carente de cualquier vinculación con el caso analizado, respecto del que no se ha practicado ninguna prueba concreta. Así, de las múltiples actuaciones que, según el informe pericial, engloba la comisión, no hay ni rastro en el presente caso. Y eso dejando al margen que alguna de las actuaciones con las que el dictamen trata de justificar la comisión resultan de todo punto inadmisibles, como pretender incluir el coste de las





reuniones con el cliente, como sí eso no constituyera la actividad ordinaria de la entidad; la obtención de los datos de la CIRBE que, según el portal del cliente bancario del Banco de España, es gratuita; o, la obtención de la tasación, cuyo coste ya se imputó al consumidor por vía de la estipulación 5ª. En cualquier caso, el hecho de que la comisión esté fijada en un porcentaje sobre el capital, haciendo depender su importe del principal, apunta claramente a que está desvinculada de la prestación de un servicio concreto, con un coste cierto y determinado.

En atención a lo expuesto, procede declarar la nulidad de la comisión de apertura condenando a la demandada a restituir 1.750 euros (1,25% sobre 140.000 euros).

CUARTO.- Impugna la actora, por otro lado, la cláusula 4ª en el siguiente contenido: "4.4.- Comisión por reclamación de posiciones deudoras, por importe de TREINTA Y NUEVE EUROS (39 €), que será única y exigible por cada posición deudora vencida y reclamada" (doc. 2 de la demanda)

A este respecto, tal y como recoge la SAP de Asturias de 8 de marzo de 2017, con cita de SAP de Alicante de 15 de julio de 2016, el Banco de España ya señala en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, que estas comisiones constituyen una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: - su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor; - es única en la reclamación de un mismo saldo; y, dada su naturaleza, la cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales. Además, y como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación. Tales consideraciones no





constituyen descripciones jurídicas de conductas abusivas en sí, pero sí son indicativas de los criterios a valorar a la hora de examinar estas cláusulas desde la perspectiva de la buena fe y el equilibrio exigible en la posición contractual de las partes, ya que la buena práctica bancaria debe estar vinculada al quehacer contractual derivado de la posición que ocupa cada una de las partes en un contrato en el que las partes no son iguales, correspondiendo a una de ellas la imposición clausular. Es por ello que cuando la cláusula fija la imposición de un precio fijo por reclamación, con independencia del acto de gestión a que se refiere, sin vinculación frente a él, ni económica ni jurídica, se está atentando al principio de equilibrio y por tanto, causando el desequilibrio al que se refiere el art. 82-1 TRLGCU que es un déficit jurídico y por tanto, referido a derechos y obligaciones y no al contenido económico del contrato.

Visto el tenor literal de la cláusula litigiosa y la prueba practicada, se debe concluir que la misma es abusiva, al establecer la obligación de abonar una comisión por reclamación de posiciones deudoras que no responde a una actuación concreta y específica realizada por la entidad demandada. No consta que, con carácter previo a la contratación ni en el momento de la conclusión del préstamo, se detallara e informara a la demandante sobre cuales eran las gestiones o servicios concretos que la entidad podía desarrollar en caso de que se encontrara en descubierto (llamadas telefónicas, reclamaciones vía carta, burofax, requerimiento notarial, etc..), y menos aún se precisó el número de gestiones, su coste individualizado ni la forma de justificar dichas actuaciones frente al cliente de modo que pudiera conocer el servicio que se le factura realmente y, en su caso, oponerse a la reclamación de partidas por éstos conceptos. Ni siquiera es admisible tratar de justificar su devengo en los costes que supone para la entidad comunicar la situación de impago y regularizar el descubierto en cuanto que dichos conceptos ya tienen cabida en la cláusula 5ª. En cualquier caso, fácilmente se puede concluir que sí la única gestión que realiza la entidad consiste en una reclamación vía correo ordinario, su coste no ascenderá a 39 euros. Las tarifas oficiales de Correos, de conocimiento general y público, evidencian costes muy por debajo del impuesto.

En suma, no habiéndose acreditado por la entidad bancaria que la comisión pactada responda a la efectiva prestación de un servicio implicando, en realidad, un cargo automático por el mero hecho de constituirse el prestatario en mora se debe concluir que la citada cláusula es nula, por abusiva, en los términos previstos en el art. 85.6 del TRLGDCU que reputa





abusivas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones pudiendo incardinarse, asimismo, en el supuesto previsto en el art. 87.5 del mismo texto legal que reputa abusivas, por falta de reciprocidad, las estipulaciones que prevean el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

QUINTO.- Dispone la cláusula 5ª del préstamo lo siguiente:

“5.1.- Serán a cargo de la parte prestataria los gastos suplidos previos producidos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, los gastos y tributos que se causen por el otorgamiento de esta escritura, por la expedición de primera copia y una copia simple para la Entidad acreedora, y los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye, incluso las escrituras de cancelación total o parcial de la misma. Se incluyen entre los citados gastos los de Notarla, tramitación y Registro de la Propiedad, así como todos los tributos que ahora o en el futuro graven el capital o los intereses de las operaciones bancarias. Igualmente, serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de la tasación de la finca que se hipoteca, incluso los derivados de las sucesivas tasaciones (...). También serán de cuenta del cliente los gastos de correo, teléfono, télex u otros medios de comunicación generados por cada operación. (...) 5.2.- La parte prestataria se obliga también a satisfacer todos los gastos y perjuicios que se ocasionaran por faltar al cumplimiento de lo pactado en esta escritura. (...)” (doc. 2 de la demanda)

SEXTO.- Entrando en el fondo del asunto, es necesario traer a colación la STS de 23 de Diciembre del 2015 que, en relación con una cláusula semejante a la aquí analizada, señaló lo siguiente: “En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados





de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario”, resolviendo el Alto Tribunal la controversia indicando lo siguiente:

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU 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" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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 consideran siempre 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).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se



inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso. "

SEPTIMO.- En el supuesto analizado, la prueba practicada lleva a concluir que la cláusula litigiosa reviste el carácter de condición general de la contratación según la definición que de las mismas ofrece el art, 1.1. De la LCGC: "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". Efectivamente, la parte demandada no ha practicado ninguna prueba dirigida a acreditar que la cláusula litigiosa fue específicamente negociada con la parte actora y, menos aún, señala en qué consistió dicha negociación ni las concretas contrapartidas que la demandante obtuvo con la inserción de una cláusula que repercute sobre el consumidor cualquier tipo de tributos y gastos, presentes y futuros, que encuentren su origen en el citado contrato. La propia

extensión y generalidad de los términos utilizados en la redacción de la estipulación apunta a que se trata de una condición predispuesta por la entidad bancaria dirigida a ser incorporada a una pluralidad de contratos, sin que el consumidor tuviera una oportunidad real de influir en su contenido.

La ausencia de prueba de la negociación previa no se suplir con la copia de la ficha de información personalizada/oferta vinculante unida a la escritura pública y emitida en aplicación de la OM de 28 de octubre de 2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la medida en que no consta que se entregara a la parte actora, con carácter previo, la ficha de información precontractual prevista en el art. 21 de la citada norma. Precisamente, es este documento (y no la ficha de información personalizada) a través del cual la entidad bancaria debe informar de todos aquellos productos o servicios que han de ser contratados conjuntamente con el préstamo para poder obtenerlo en las condiciones ofrecidas; los gastos preparatorios de la operación, tales como comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se consideren a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse. En particular, es el documento donde debe indicarse si resulta exigible la tasación del inmueble y a cargo de quién serán los gastos de la misma, indicando que la entidad está obligada a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente, siempre que esté certificada por un tasador homologado y no haya caducado, no pudiendo cargar ningún gasto adicional por las comprobaciones que, en su caso, realice sobre dicha tasación. También es el documento en el que debe hacer constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo. Nada de esto se ha justificado en el supuesto analizado.

Por otro lado, que la citada cláusula es nula, por abusiva, resulta evidente a la vista de los términos en que está redactada imponiendo al consumidor el pago de todos y cada uno de los gastos y tributos que se pudieran generar, sin obtener, a cambio, contraprestación alguna generando así un evidente y claro desequilibrio económico entre las partes.

OCTAVO.- Declarada la nulidad por abusividad de la cláusula mencionada, procede entrar a conocer sobre los efectos de dicha declaración que se concretan en la restitución de



299,66 € por gastos de notaría, 210,32€ por Registro de la Propiedad, 429,55 € por gestoría y 447,70 € por tasación (doc. 3 de la demanda y 1 del escrito de ampliación), petición que se ajusta al criterio de distribución establecido por STS de 27 de enero de 2021, en consonancia con STJUE de 16 de julio de 2020.

En consecuencia, acreditados los conceptos y cuantías reclamadas a través de la documental obrantes en autos, procede estimar la pretensión de la parte actora condenando a la demandada a su restitución.

NOVENO.- Impugna la actora, por otro lado, la cláusula 6ª que establece un tipo de interés de demora consistente en incrementar en 6 puntos porcentuales el tipo de interés remuneratorio vigente en cada momento, porcentaje que vulnera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de Abril del año 2015.

Efectivamente, como recuerda la Audiencia Provincial de Asturias en AAP de 10 de febrero de 2017: "es cierto que el interés de demora cumple una doble finalidad, disuasoria, tratando de evitar el incumplimiento del contrato y de otro lado la función penalizadora de ese incumplimiento. Atendida esa doble finalidad, su previsión en este tipo de contratos es lícita y admisible. Ahora bien, la finalidad perseguida con los intereses de demora debe compatibilizarse con la regulación tuitiva y protectora de los consumidores y usuarios. En tal sentido el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, considera como cláusulas abusivas las que suponen una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. En ese ámbito se encuadra la fijación de un interés de demora a un tipo excesivo. La problemática a la que tenían que hacer frente los tribunales era el determinar qué porcentaje de interés de demora debía considerarse como desproporcionado. La casuística era amplia dependiendo la resolución tanto del interés legal del dinero vigente en cada momento como la posible regulación existente en otras normas, tales como la Ley de Crédito al Consumo, que en su antigua redacción, artículo 19.4, actual 20.4, preveía un tipo máximo para los descubiertos en cuenta corriente.

Esas discrepancias han sido solventadas, en cierto modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, en el sentido de valorar que todo interés de demora que supere en dos puntos al remuneratorio es excesivo y abusivo."

DÉCIMO.- Ante el acogimiento de la pretensión de la parte actora en lo que se refiere a la declaración de nulidad y la





consiguiente obligación de la demandada de abonar las cantidades reclamadas, en los términos anteriormente indicados, habrá de venir a reconocérsele por virtud de lo establecido en los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil, el derecho a percibir el interés legal devengado por aquéllas desde la fecha de cada pago.

UNDÉCIMO.- Estimada la demanda, las costas correrán a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC,

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

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco, en nombre y representación de D.^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.:**

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 4^a, en lo referente a la comisión de apertura y comisión de reclamación de posiciones deudoras, de la 5^a, reguladora de los gastos, y de la 6^a, de intereses de demora, contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de 29 de noviembre de 2013.

2.- Se condena a la demandada abonar a la parte actora 1750 en concepto de comisión de apertura, 299,66 € por gastos de notaría, 210,32€ por Registro de la Propiedad, 429,55 € por gestoría y 447,70 € por tasación, más los intereses legales desde la fecha de cada pago hasta sentencia y, desde la misma y hasta el completo abono, los intereses legales incrementados en dos puntos.

Con imposición de costas a la demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

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 BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.0149.21 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, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.

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.

