

Materia: Condiciones generales de la
contratación
Resolución: Sentencia 000377/2022
IUP: LR2021197780

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

BANCO SANTANDER SA

Abogado:

Rodrigo Perez Del Villar
Cuesta

Procurador:

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de abril de 2022.

Vistos por mí, _____, Magistrado de refuerzo del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria y su partido judicial, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO nº 2371/2021, seguidos ante este Juzgado entre partes; de una, como demandante, Dª _____, con procuradora Sra.

_____ ; y de otra, como demandado, BANCO SANTANDER S.A., que actuó representado por el procurador Sr. _____ sobre nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad. En atención a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La procuradora Sra. _____, en nombre y representación de Dª _____, formuló demanda de juicio ordinario que dirigía frente a BANCO SANTANDER S.A.

En la demanda tras alegar los hechos y los fundamentos de Derecho que entendía aplicables al caso, la parte actora concluía por solicitar que **se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de las cláusulas sobre gastos a cargo de la parte prestataria y comisión de apertura contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de octubre de 2001. Y se condene a la demandada al pago de las cantidades reclamadas en la demanda, más los intereses legales.**

Todo ello con condena al pago de las costas procesales.

Por decreto se acordó admitir a trámite la demanda y documentación presentada, emplazando

a la parte demandada para que contestase a la demanda en el plazo de veinte días, con apercibimiento de que si no comparecía dentro del plazo indicado se le declararía en situación de rebeldía procesal.

SEGUNDO: La entidad demandada compareció para contestar a la demanda en tiempo y forma. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación.

Se dictó diligencia de ordenación en la que se tenía por contestada la demanda y se señalaba como fecha para la celebración de la audiencia previa del juicio ordinario el día 4 de abril de 2022.

Al acto de audiencia previa, celebrada el día señalado, asistieron las partes debidamente representadas. No existió acuerdo o transacción, y no existiendo cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre el fondo del asunto, procedieron las partes, con mediación del tribunal, a fijar los términos de debate, concretando los hechos controvertidos. Se propusieron y admitieron los medios de prueba que se consideraron útiles y pertinentes, y que consistieron únicamente en dar por reproducida la prueba documental que constaba unida a las actuaciones.

De acuerdo con lo previsto en el art. 429.8 LEC quedaron las actuaciones vistas para su resolución por sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De la comisión de apertura.

En la demanda se solicita la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula 4ª.- Comisiones, en su apartado primero relativo a la comisión de apertura, recogida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de octubre de 2001.

En esta cláusula se prevé una comisión de apertura a favor del banco del 1% sobre el capital, devengada y a satisfacer de una sola vez al formalizarse la operación.

El capital del préstamo ascendió, (cláusula financiera primera), a 51.687,04€. Con lo que, lo abonado por comisión de apertura ascendió a 516,87€.

Respecto a la comisión de apertura se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Las Palmas en diversas ocasiones, y mantiene la sanción de nulidad de la cláusula promovida por la parte demandante, de la comisión de apertura.

En este sentido, SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 16 de abril de 2021: "SEGUNDO. Comisión de apertura o estudio

"Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este [...] 70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de

apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato. 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 remitente.", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, "CY y Caixabank, S. A." .

En el presente caso, no se ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura. Aunque es clara, no superaría el doble control de transparencia. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos. Procede decretar su nulidad con devolución de las sumas abonadas, en este caso, 1.350,00 euros”.

O SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 22 de febrero de 2021: “SÉPTIMO.- LA COMISIÓN DE APERTURA

La S. Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 23-01-2019, nº 44/2019

Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos.

No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.-No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.-Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en

tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.-La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura .

La Ley 2/2009, de 31 de marzo (EDL 2009/22582), por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo (EDL 2014/13709) y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

"En el apartado "Otros componentes de la TAE" se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales".

13.-La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión" de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14.-La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15.-El hecho de que esas actuaciones iniciales sean "inherentes" a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU..."

En el caso que se resuelve, la comisión de apertura se fija en el importe equivalente al 1% del capital prestado, que arroja un resultado de 516,87€.

No se ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos.

Por lo que se declara la nulidad de la mencionada cláusula cuarta en el apartado relativo a comisión de apertura. Y como consecuencia de la nulidad declarada se condena a la parte demandada a restituir a la actora lo abonado por tal concepto, 516,87€. Cantidad que, según recoge la propia escritura, se abonó el mismo día de su otorgamiento, al formalizarse la operación.

Cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que prevén los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil respecto de los devengados desde la fecha de pago por el prestatario hasta sentencia y de ésta hasta el íntegro pago, resulta de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO: De los gastos a cargo de la parte prestataria.

En la demanda se solicita también la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula quinta, gastos a cargo de la parte prestataria.

Puede leerse en la cláusula quinta impugnada, en la relación contenida en la misma, que serán de cuenta de la parte prestataria, los gastos de tasación de la finca, todos los que origine esta escritura, su primera copia para el banco y los que ocasione la cancelación, incluidos los aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina pública e impuestos correspondientes, ...

De la redacción de la cláusula se evidencia que todos los gastos y costes derivados no solo de la constitución, sino de la vida y ejecución del préstamo hipotecario, son de cargo de la parte prestataria.

La SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 27 de abril de 2021 dice a este respecto: "SEGUNDO. Cláusula de imposición de gastos. Compraventa y subrogación

5. El carácter abusivo de la imposición genérica de gastos ha sido establecido por la Jurisprudencia: "En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque "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)" [.] Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde [.] 5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva [.] 7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017".

Una cláusula como la aquí enjuiciada, como señaló el Tribunal Supremo, 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 práctica totalidad sobre la parte prestataria, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria, y la propia naturaleza del préstamo permitiría una distribución equitativa, lo que debe acarrear la sanción de nulidad de la cláusula, sin que el hecho de que la cláusula aparezca como gramaticalmente comprensible pueda hacer decaer esta falta de proporcionalidad, y por ende, su carácter abusivo.

Por lo que procede declarar la nulidad de la cláusula 5ª.- Gastos a cargo de la parte prestataria de la escritura de 17 de octubre de 2001, que se tendrá por no puesta.

TERCERO: Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos.

En relación con los efectos de esa nulidad, se ha pronunciado la SAP Las Palmas de 27 de abril de 2021, Sección 4ª se pronuncia al respecto: "...TERCERO. Gastos Notariales, Registrales, de Gestoría y Tasación

9. "[E]l artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 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", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, "CY y Caixabank, S. A." .

10. En cuanto a los gastos notariales y de copias, "de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 24 de julio de 2020, Sentencia: 457/20, Recurso 1.053/18.

"El mismo criterio resulta de aplicación a 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, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a 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", Sentencia citada.

11. "Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los registradores de la propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho [.] Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la obligación de satisfacer estos gastos correspondía al banco prestamista, por lo que era procedente su condena a reponer a los prestatarios demandantes el importe de lo pagado en tal concepto", Sentencia citada.

12. Respecto a los honorarios de la Gestoría "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", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 26 de octubre de 2020, Sentencia: 555/2020 Recurso: 474/2018.

13. "Los denominados gastos de tasación son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos [...] La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados [...] Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación. De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, 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. Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e)", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 27 de enero de 2021, Sentencia: 35/2021 Recurso: 1926/2018".

De acuerdo con lo señalado, y lo reclamado y acreditado con la documentación aportada con la demanda, la parte demandada deberá abonar a la parte actora, el 50% de los gastos de notaría, 176,11€; los gastos de Registro, 107,61€; los gastos de gestoría 162,27€ (equivalente a las 27.000 pesetas abonadas por este concepto). En total 445,99€.

Cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que prevén los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil respecto de los devengados desde la fecha de pago por el prestatario hasta sentencia y de ésta hasta el íntegro pago, resulta de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO: De la prescripción.

La parte demandada opone la excepción de prescripción a la acción de reclamación de cantidad ejercitada por la parte actora.

En el caso que ahora se resuelve se ejercía una acción de nulidad de pleno derecho frente a la cláusula contractual impugnada. Acción que es de carácter imprescriptible.

Pues bien, la reclamación de cantidad es accesoria de la acción de nulidad ejercitada. Esto es, hasta que se declare la nulidad de la cláusula contractual impugnada, no se puede reclamar cantidad alguna o ejercitar una acción de reclamación de cantidad.

Por tanto, si tenemos en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones no comienza a correr hasta que las mismas pudieron ejercitarse, (art. 1969 CC). En el caso que nos ocupa, la reclamación de cantidad no puede llevarse a efecto hasta que se declare nula la cláusula en la que se basa la reclamación.

En este caso la nulidad se declara en el presente procedimiento, por tanto, en su caso, el plazo prescriptivo para la reclamación de cantidad comenzaría a correr desde la firmeza de esta resolución. Por lo que, ejercitada de modo acumulado la acción de reclamación de cantidad a la de nulidad contractual, no puede entenderse prescrita la acción.

Con lo que se desestima este motivo de oposición.

QUINTO: De las costas.

Estimada la demanda presentada, de acuerdo con lo señalado en el art. 394.1 LEC, y al estimarse que resulta de aplicación lo resuelto por el TJUE en su Sentencia de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, se imponen las costas procesales a la parte demandada.

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

FALLO:

Que **ESTIMO** la demanda presentada por D^a , con procuradora Sra. , frente a BANCO SANTANDER S.A., que actuó representado por el procurador Sr. .

Declaro nulas por su carácter abusivo, y se tienen por no puestas, las siguientes cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de octubre de 2001: cláusula Cuarta, comisiones, en su apartado primero relativo a la comisión de apertura; y la cláusula Quinta, gastos a cargo de la parte prestataria.

Condeno a la demandada a abonar a la parte actora, por la devolución de la comisión de apertura, la cantidad de quinientos dieciséis euros con ochenta y siete céntimos (516,87€). Cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que se devengará desde la fecha de pago, y hasta su completa devolución; sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Condeno a la demandada a abonar a la parte actora, por la devolución de los gastos, la cantidad de cuatrocientos cuarenta y cinco euros con noventa y nueve céntimos (445,99€). Cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que se devengará desde la fecha de pago, y hasta su completa devolución; sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada.

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