



AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

SENTENCIA: 00263/2021

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSL

N.I.G. 33044 42 1 2018 0006985

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000816 /2019

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002648 /2018

Recurrente: [REDACTED], UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A.
ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO
Procurador: ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ, CONCEPCIÓN INES UCHA TOME
Abogado: SARA BERNARDO FONSECA, SILVIA BLANCO GONZALEZ
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ
Abogado: SARA BERNARDO FONSECA

SENTENCIA n° 263/2021

RECURSO APELACION 816/19

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Eduardo García Valtueña

Ilmo. Sr. D. Miguel Antonio del Palacio Lacambra

Oviedo, a diecinueve de Marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2648/2018 procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 816/2019, en los que aparecen como partes



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



apelantes, [REDACTED], representada por la Procuradora ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ, asistida por la Abogada SARA BERNARDO FONSECA y la entidad UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A., representada por la Procuradora CONCEPCION INES UCHA TOME, asistida por la Abogada SILVIA BLANCO GONZALEZ y como parte apelada, [REDACTED], representado por la Procuradora ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ, asistido por la Abogada SARA BERNARDO FONSECA, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 14 de Enero de 2019 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. Ana Luisa Bernardo Fernández, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas: cuarta, a y e, relativas a las comisiones de apertura y por reclamación de posiciones deudoras; quinta, gastos; y sexta, apartado b, vencimiento anticipado.

2.- Se condena a la demandada al pago de 2416 euros en concepto de comisión de apertura, más los intereses previstos en el art. 576 de la LEC.

3.- Se condena a la demandada al pago de 987,83 euros, más los intereses previstos en el art. 576 de la LEC.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes."





TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpusieron sendos recursos de apelación y previos los traslados ordenados las apelantes formularon sus respectivas oposiciones y también la parte apelada formuló escrito de oposición al recurso presentado por UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A., remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8 de Julio de 2020.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso tanto por la parte demandante como por la representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., frente a la Sentencia que estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas sobre gastos, vencimiento anticipado, y comisión de apertura y por reclamación de posiciones deudoras contenidas en un contrato de préstamo hipotecario suscrito el 11 de abril de 2005 entre [REDACTED] [REDACTED], y Unión de créditos Inmobiliarios S.A. Condenando además a la apelante a los gastos ocasionados por la intervención de Notario, Registro de la Propiedad, y gestoría con ocasión del otorgamiento del préstamo.

El recurso de la parte demandante insiste en primer lugar en la nulidad de la cláusula segunda, relativa al sistema de





amortización del préstamo. En segundo lugar, advierte de la omisión contenida en la recurrida, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula sobre comisión por la reclamación de posiciones deudoras. En tercer y último lugar, apunta a que los intereses a devengar por las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula sobre gastos, han de producirse desde el momento en que se efectuaron cada uno de los pagos.

El recurso planteado por la UCI sostiene la validez de la cláusula de gastos, así como que en cualquier caso es la parte prestataria quien ha de asumir los gastos que la Sentencia de instancia le impone. Cuestiona igualmente la declaración de nulidad del resto de cláusulas. Tanto la de comisión de apertura y de reclamación de posiciones deudoras, como las consecuencias de la nulidad de la cláusula sobre vencimiento anticipado.

SEGUNDO.- Expuesto el ámbito del recurso, se tratará en primer lugar la cuestión planteada por la actora en cuanto a la nulidad de la cláusula sobre amortización, para tratar el resto de cuestiones conjuntamente con los motivos del recurso planteado por UCI.

De este modo, resulta la firma de un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 120.800 euros a devolver en 240 meses, equivalente a 20 años. La cláusula financiera segunda denominada, sobre amortización del préstamo establece para la devolución del préstamo cuatro fracciones temporales. Siendo las tres primeras de 12 meses cada una, y la cuarta y última, las restantes 204 cuotas. Resulta que las cuotas relativas a las tres primeras fracciones temporales quedaron fijadas en cuanto a su importe. Consistiendo en 502,52 euros, 601,64 euros





y 700,76 euros mensuales. Tal y como señala la propia estipulación, se trata de un importe aplicado "con independencia del tipo de interés aplicable que se establece en la estipulación tercera y tercera bis, y el plazo de amortización pactado en la presente estipulación, de manera que la diferencia entre el importe de la cuota y los intereses devengados, puede llegar a producir una eventual amortización inferior a la teórica o capitalización en función de la evolución del tipo aplicable en cada periodo".

Igualmente, se contiene respecto cada una de estas tres fracciones temporales, que "los intereses devengados y no satisfechos que pudieran generarse en función del tipo de interés aplicable según lo establecido en la estipulación tercera bis "tipo de interés variable" y del importe de la cuota a pagar durante la segunda fracción temporal se acumularán al capital pendiente de amortización, entendiéndose capitalizados por pacto de ambas partes de acuerdo con el artículo 317 del Código de Comercio".

Resulta igualmente necesario hace alusión a la cláusula tercera sobre intereses ordinarios. Que en lo que ahora interesa, señala como el tipo de interés aplicable al préstamo durante el primer año, del 4,75%. Mientras que conforme la estipulación financiera tercera bis, tras el periodo inicial a plazo fijo, el tipo de interés vendría determinado por la adición al tipo de interés de referencia, IRPH de las cajas de ahorro, de un diferencial de 0,30 puntos.

Así las cosas, resulta que se trata de un préstamo en donde durante tres años, se abona una cuota que no guarda relación con el tipo de interés pactado. El cual no obstante permanece vigente, y provoca que al abonarse una cuota incongruente con el tipo de interés convenido, se devenguen unos intereses superiores, que se capitalizan, y que produce una amortización





inferior a la teórica. De hecho, como advierte la demanda, a fecha 5 de mayo de 2018, trece años después del préstamo, el capital pendiente era de 120.147,43 euros. Llegando a haber momento en que lo debido por capital superó el importe de lo prestado, como revela el documento nº8 d la demanda.

La cláusula que establece el sistema de amortización, así como la posibilidad de capitalizar intereses, no es de por sí ilícita, y al mismo tiempo, consta plenamente incorporada al contrato, al no haber duda de su transcripción en la cláusula. Cuestión distinta, es que supere el filtro de transparencia, en el sentido de que el prestatario conociera al momento de la firma su sentido y consecuencias. En particular, la carga económica que suponía el establecimiento de una cláusula como la que se acaba de reseñar.

Así las cosas, el hecho de que la demandada denomine al tipo de contratación "hipoteca fácil" resulta cuanto menos engañoso. Pues lo único fácil es que al momento de la contratación se conoce con precisión la cuota que el prestatario va a abonar durante los tres primeros años de vida del préstamo. Lo que ya no es tan fácil, es entender que dicha cuota no guarda paralelismo con la cantidad que resultaría de aplicar al tipo de interés convenido en la escritura de préstamo. Tampoco lo es que precisamente por dicha discordancia, se devengan unos intereses que luego habrán de ser capitalizados. Y que dicha contingencia podía dar lugar a que la cantidad pendiente de pago por principal, superase lo inicialmente prestado. En este sentido, la documentación obrante en Autos que permitiera conocer por el prestatario todos estos detalles, consiste en la oferta vinculante y la simulación informativa del cuadro de amortización. Documentos firmados por los prestatarios, fechados el 7 de abril de 2005. En la oferta vinculante, se





viene a reproducir la cláusula segunda, sin explicación adicional. Y en la simulación, no se contiene ninguna alusión a la posible capitalización de intereses.

El escenario expuesto es similar al tratado por la Sentencia de 27 de julio de 2017 de la sección quinta de esta Audiencia Provincial, que confirma la nulidad de una cláusula similar, al que *"En efecto, como es que en los tres primeros años la suma o cuota periódica mensual es una fija y constante (sin relación con los intereses devengados y el capital a amortizar) el resultado podía ser y fue que la suma correspondiente al interés devengado superase, incluso, la suma de la cuota, no destinándose parte alguna a la amortización del capital, que permanecía intangible, e incluso pudiendo aumentar por efecto del pacto de anatocismo, el cual es también lícito considerado en términos abstractos (artículos 1.110 CC y 317 C. Comercio), pero que debió ser adecuadamente explicado por la recurrente a los prestatarios dentro del contexto del sistema de amortización configurado para la devolución del préstamo; y así y ejemplo de lo expuesto es la información sobre las liquidaciones obrantes a los folios 102 y siguientes relativas a los años 2.017 y 2.018.*

La demanda, al analizar el control de incorporación de la cláusula financiera relativa al sistema de amortización, advierte que su configuración se produce mediante el reenvío a un Anexo donde se describe el plazo y cuota correspondiente a cada fracción temporal, la fecha de revisión y vencimiento de la cuota sujeta a un interés referencial variable, lo que, a su juicio, dificulta la comprensibilidad del sistema y afecta negativamente a su claridad; y sin embargo el art. 10 de la Ley 26/1.984, de 19 de julio , vigente en la fecha de la suscripción del préstamo, admite la posibilidad de reenvío a textos o documentos facilitados previa o simultáneamente a la





conclusión del contrato y en el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia del 9-11-2.016, relativa a la Directiva 2.008/48 de Crédito al Consumo, enfatizando que lo realmente relevante es acreditar que el consumidor efectivamente conoció de la condición o cláusula.

Al respecto de este conocimiento, en conexión con la exigencia de la Directiva 13/93 de redacción clara y precisa de las condiciones (art. 4.2 y 5), el Tribunal Europeo ha declarado que, toda vez que el sistema de protección de la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, la exigencia de claridad y precisión en la redacción reviste una importancia esencial y va más allá de la legibilidad y comprensibilidad gramatical o documental, sino que abarca la material o comprensibilidad de la carga económica de la cláusula dentro del contexto del contrato y sus obligaciones, siendo de cuenta del empresario predisponente facilitar al consumidor, con anterioridad a la celebración del contrato, información suficiente sobre ese aspecto de la condición (STJUE de 23-4-2.015 caso Van Hove y las que en ella se citan), es "la comprensibilidad real" a la que se refiere la [STS de 9-5-2.013](#) en su FD 12.

En el caso pretende la recurrente que los prestatarios gozaron de una comprensibilidad, pues la redacción de la cláusula es clara y sencilla y fueron debidamente informados en la fase precontractual.

Desde luego la redacción de la cláusula no desvela, con su sola lectura, el posible resultado económico referido; al final del apartado b de la cláusula financiera segunda, relativa al cuarto período o fracción, se introduce la advertencia de que la cuota concerniente a los tres primeros períodos o fracciones es elegida por el prestatario y que su





importe se obtiene con independencia del tipo de interés aplicable y del plazo de amortización, de manera que la diferencia entre el importe de la cuota y los intereses devengados pueden "llegar a producir una eventual amortización inferior a la teórica o capitalización en función de la evolución del tipo aplicable en cada período", es llano, en los términos en que dicha advertencia viene redactada, que no es lo suficiente expresiva para que un consumidor medio, razonablemente atento, pueda llegar a percibir que el establecimiento de una cuota fija determine, por efecto de la regla de la imputación del pago, en primer lugar a los intereses, una nula amortización del capital con consecuente reflejo en la suma del interés que no decrece o lo hace de forma mínima y, además, que puede incluso que no cubra la suma del interés y por razón de la condición o pacto de anatocismo provoque el aumento del capital; efectos tan negativos deben de ser suficientes y claramente explicados, sin que obste a ello y sus consecuencias la opción que a continuación de aquella advertencia se da al prestatario de sustituir la cuota fija por otra variable o revisable (por ende al final de cada período o cambio de fracción), pues en modo alguno anula la falta de conocimiento real del prestatario antes de contratar.

Por más decir, ni siquiera el contrato concreta la fórmula para el cálculo de la cuota relativa al cuarto período; sobre ésta se limita a apuntar que vendrá determinada por el tipo de interés, el capital pendiente y el plazo que resta para la amortización.

La parte actora, en juicio, sostuvo que en la cuarta fracción o período se introducía el sistema de amortización francés.

Este corresponde a una regla financiera que, si fuese así, no se recoge en el contrato, permaneciendo como criterio básico la imputación del pago periódico, en primer lugar a la suma





del interés y, en cualquier caso, lo relevante para este cuarto período es que no se especifica el criterio matemático que se seguirá para la fijación del pago periódico mensual.

Sostiene la recurrente que de todo ello fue informado la parte actora, a la que hizo entrega de profusa documentación.

Esta documentación consiste en la oferta vinculante, folleto informativo, folleto de tarifas, declaración de compromiso y calidad y simulación informativa del cuadro de amortización (folios 264 y sigts.).

Ante todo se ha de advertir, como con acierto hace la *sentencia recurrida*, que la oferta vinculante y la simulación tienen fecha de emisión de 4-8-2.005, es decir, de un día antes de la suscripción del préstamo hipotecario. De otro lado, la oferta vinculante no alerta sobre los riesgos y efectos económicos descritos asociados al sistema de amortización mediante pago periódico de suma fija, limitándose a recoger la misma advertencia ya referida contenida en el contrato de préstamo (folio 277); y del mismo modo, el cuadro simulando la amortización se limita a advertir que en el período de aplicación del tipo variable, cualquier variación al alza o a la baja supondría una variación en el cuadro de amortización pudiendo incrementarse o reducirse el importe de las cuotas y variar la parte de las mismas destinada a la amortización, y pago de intereses (folios 287), con el añadido de que la simulación no resulta en modo alguno ni siquiera próxima a la realidad, como se sigue de que, desde el inicio, informa de una amortización mínima del capital que se incrementa en el segundo período (folio 111), cuando ya hemos expuesto que no fue así (folios 102 y sigts.); por su parte los folletos nada descubren, limitándose a señalar el relativo a productos ofertados al referirse a la hipoteca fácil, "que la diferencia de revisión entre el tipo de interés y la cuota





puede producir amortización suplementaria a la adición al capital de los intereses devengados y no pagados" (folio 269) y, en fin, la incorporación en los otros documentos del conocimiento de las condiciones del préstamo y sus riesgos por el consumidor no pasan de ser declaraciones estereotipadas carentes de eficacia si no concurre prueba que demuestre su veracidad.

Para acabar con el deber de información, la prueba testifical nada aportó porque, en cuanto al testigo que declaró ser encargado de gestión, admitió que a él no le correspondía la labor de información y que dado el tiempo transcurrido no recordaba las circunstancias del caso, razón de falta de fiabilidad aplicable al otro testigo.

El recurrente sostuvo la licitud del pacto de amortización y de anotacismo y así es desde su consideración abstracta, lo que no determina que no sea contrario a la buena fe y no produzca un desequilibrio injustificado para el consumidor; y el sistema de amortización pactado no supera el control de transparencia y su abusividad es patente, en cuanto que su resultado económico práctico y final es que perpetua más allá de lo razonable la intangibilidad de la suma del capital, con consecuente reflejo en la suma del interés remuneratorio aplicable, de forma que el esfuerzo amortizador del prestatario no se ve adecuadamente compensado, con detrimento para esa parte contratante y correlativo beneficio para el recurrente".

Trasladado lo anterior al presente caso, resulta una situación similar, por cuanto como ya se ha expuesto, ni consta una información pormenorizada de las consecuencias del tipo de amortización establecido, mientras que la oferta vinculante viene a reproducir el contenido del sistema de amortización que luego contiene la escritura. Sin que la simulación haga alusión





a las consecuencias que conllevaba el tipo de contratación. Todo lo cual lleva al desconocimiento por los prestatarios del sentido y alcance del sistema de amortización pactado. Pues lo relevante no es el hecho de saber el importe de su cuota durante tres años, sino que no guarda relación con el tipo de interés convenido, el cual mantenía sus efectos, y llevó a la capitalización de los intereses que se iban devengando al no ser abonados. Lo que generó como se dijo el que la deuda por principal llegase a superar el capital prestado. Por lo que el recurso debe estimarse, declarando la nulidad de la cláusula segunda del préstamo en cuanto sistema de amortización contenido en sus letras a, b, c y d. Habiendo de recalcular el préstamo y su cuadro de amortización conforme el sistema de amortización francés de tipo constante y el tipo de interés convenido.

TERCERO.- Por lo demás, y entrando en lo referente a la cláusula de gastos, se cuestiona la validez de la cláusula que traslada al prestatario la práctica totalidad de los gastos ocasionados con motivo de la formalización del préstamo hipotecario. A este respecto, las Sentencias números 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, del Tribunal Supremo, ratifican lo expuesto en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, al declarar 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”.

Lo anteriormente transcrito, ha de suponer la desestimación del recurso en cuanto a la pretensión de validez de la cláusula sobre gastos, y la confirmación de la decisión de instancia. En el presente caso, al igual que en las Sentencias referidas, resulta una cláusula que traslada al prestatario la totalidad de los gastos devengados con ocasión del otorgamiento del préstamo hipotecario, resultando la nulidad que se justifica en la Sentencia de instancia. Habiendo de examinarse por tanto las consecuencias que tiene la declaración de nulidad, en cuanto a los gastos de notaría, registro de la Propiedad, y gestoría. El hecho de la nulidad de la cláusula supone examinar en cada caso de los planteados, sobre cada uno de los gastos ocasionados, la normativa acerca de a quien se impone su abono.

CUARTO.- Así las cosas, las STS de 23 de enero de 2019 antes reseñadas, manifiestan que *“Desde este punto de vista, 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. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código*





Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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 garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Desde este punto de vista, 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 pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia".

En cuanto a los gastos de gestoría, la STS nº555/20 de 26 de octubre, señala que "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". En virtud de lo anterior, la consecuencia es que los gastos de





gestoría han de ser abonados por la entidad prestamista al prestatario.

Trasladado lo anterior al presente caso, el recurso debe estimarse, a fin de adecuar la situación del litigio a la anterior doctrina. Se aportó documentación justificativa como documentos nº3 de la demanda, constando hoja de liquidación definitiva de fondos. Se aportó igualmente factura de gastos de Notaría por importe de 581,83 euros, lo que implica que cada parte habrá de abonar la mitad. Esto es, 290,91 euros, que en lo que ahora interesa, es la cantidad que la apelante habrá de abonar al prestatario.

En lo que atañe a los gastos de Registro de la Propiedad, se aportan facturas demostrativas de que los honorarios de la inscripción lo fueron por la cantidad de 197,93 euros, cantidad que habrá de ser abonada por UCI S.A.

Los gastos de gestoría alcanzaron los 219,40 euros, que habrá de asumir la apelante.

Resulta en consecuencia la cantidad de 708,24 euros, que habrá de abonar UCI S.A, sin que se pueda extender la condena a unos gastos de correo, que en modo alguno han quedado determinados durante la Litis, ni cuantificados o si llegaron a producirse. Asimismo, resulta irrelevante que se trate de cantidades que no fueron percibidas por la apelante, toda vez que de acuerdo a la normativa expuesta hubo de abonar, eludiendo el pago mediante la introducción de la cláusula reseñada.

Se recurre por la demandante el devengo de intereses y el momento a partir del cual deben operar. En la sentencia de instancia se fijan desde la fecha de la reclamación



extrajudicial. La demandante considera que han de devengarse desde la fecha de pago.

A este respecto, la STS de 19 de diciembre de 2018 resuelve la cuestión acerca del devengo de intereses, al indicar que *"para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)"*.

Lo anterior por tanto, supone la estimación del recurso, en cuanto los intereses habrán de devengarse desde la fecha de las facturas.

QUINTO.- Pasando a la cuestión del vencimiento anticipado, ha de traerse a colación la STS 463/2019 de 11 de septiembre, donde se expone que *"para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación."*



En el presente caso, la cláusula declarada nula en la instancia contiene la posibilidad de solicitar la totalidad de lo adeudado, dando por vencido anticipadamente el préstamo, en caso de falta de pago por las parte prestataria al banco de alguno de los plazos convenidos, o por el incumplimiento de la partes prestataria de cualquiera de las obligaciones derivadas de la operación garantizada. Resulta por tanto, que tal y como dice la Sentencia a la que se acaba de hacer referencia, *"ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio)*. Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

En el presente caso, la cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes participa de las características que hacen el que pueda ser tenida por abusiva. Pues permite la resolución contractual a partir del incumplimiento de un simple plazo de los convenidos. Por ello, el que se haya de confirmar la sentencia de instancia, reiterando por los demás los argumentos contenidos en la Sentencia de instancia. Sin perjuicio de que como indica la Sentencia indicada, "puedan ser aplicables las consideraciones antes expuestas en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el



prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley”.

SEXTO.- Igualmente debe desestimarse el motivo de recurso relativo a la validez de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, fijada en la letra d de la cláusula 4. en el importe “vigente en el momento de devengarse”. El establecimiento de un precio fijo e incierto, sin atención a la labor realizada en cada caso, revela la ausencia de la necesaria reciprocidad entre aquel concepto y la gestión llevada a cabo por el Banco, lo que conduce asimismo a la declaración de nulidad por abusiva (art. 89-5 L.G.D.C.U .) de las cláusulas objeto de impugnación.

Sobre esta cuestión, debe aludirse a la STS 566/19 de 25 de octubre, que establece que conforme la normativa bancaria sobre comisiones *“para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.*

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas

ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de

negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada " comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU".

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, figura una comisión de reclamación de posiciones deudoras, sin que se aporte ninguna prueba acreditativa de los posibles servicios prestados. Por el



contrario, de lo actuado parece resultar que tales comisiones se cobran de modo automático, con carácter general y en cantidades fijas o porcentuales, funcionando la comisión exclusivamente como una sanción al cliente que deja de pagar, sin que tampoco se justifique, en modo alguno, su proporcionalidad. Motivos todos que llevan a considerar abusiva la condición que se examina, confirmando la decisión de instancia sobre este particular.

SEPTIMO.- Al hilo de la cláusula sobre reclamación de posiciones deudoras, el recurso de la actora denuncia el que no se contenga en la recurrida la condena a la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula. Sobre este particular, se debe convenir en que la declaración de nulidad de una cláusula como la relativa a las comisiones por posiciones deudoras pasa por la restitución de las prestaciones conforme el artículo 1303 C.Civil, tal como si la cláusula no hubiera existido. Se trata de las consecuencias lógicas de la nulidad, que proceden ex lege y que como apuntan diversas resoluciones, no precisa siquiera petición de parte, tal y como señalaron las STS de 6 de octubre de 2006, 1 de octubre de 2012 o 10 de marzo de 2015.

En este sentido, la Sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula sobre posiciones deudoras, por lo que sus consecuencias resultan las expuestas en el párrafo anterior. Sucede no obstante, que en la demanda no fue expresamente interesada cantidad alguna, y no hay prueba documental en los Autos de que se haya llegado a aplicar la mencionada cláusula sobre comisiones. De este modo, como señaló esta Sala en Sentencias de 12 de noviembre de 2019 o de 2 de octubre de 2019, no constando que la demandante hubiera llegado a realizar desembolso alguno por el concepto de reclamación de





posiciones deudoras ni es posible realizar pronunciamiento condenatorio, ni tampoco es posible relegar tal determinación a la fase de ejecución de Sentencia pues para ello sería preciso que en la fase declarativa del proceso hubiese quedado determinada al menos la realidad de dicho pago, lo que en su caso permitiría que la liquidación de su importe, por indeterminada, pudiese ser llevada a cabo en fase de ejecución. Como señala la SAP de 2 de octubre de 2019 citada, "en tales circunstancias, no puede condenarse a la demandada a devolver los importes cobrados por su aplicación, pues, no constando la misma, falta la prueba sobre un hecho constitutivo de la pretensión (artículo 217 de la LEC). Sería tanto como condenar a la restitución de lo abonado en virtud de la aplicación de la cláusula de gastos, sin justificar estos. Finalmente, tampoco estamos ante un problema de cuantificación en que pudiera tener aplicación el artículo 219 de la LEC, pues no se cuestiona la exacta determinación de las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula declarada nula, lo que pudiera determinarse en ejecución de sentencia, sino que lo que no consta es siquiera que tal cláusula haya sido aplicada".

A la vista de lo expuesto, se debe desestimar el recurso al no haber como decimos evidencias de que la cláusula haya llegado a aplicarse. Confirmando en consecuencia la Sentencia de instancia.

OCTAVO.- Prosigue el recurso de la UCI con la declaración de nulidad de la cláusula cuarta en lo relativo al establecimiento de una comisión de apertura. Respecto a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, con modificación del criterio seguido por esta Sala al respecto desde el mes de enero de 2019 y conforme pasa





a razonarse, ha de rechazarse el recurso interpuesto. En este sentido nos hemos pronunciado a partir de las sentencias 34/2021 y 37/2021, ambas de 29 de enero de 2021, así como en los rollos 66 y 75/2021, en Sentencias de 23 de febrero.

En dichas resoluciones, se señala que *“Esta Sala y de modo uniforme las diversas secciones civiles de nuestra Audiencia, reconociendo las serias dudas sobre la legitimidad de la comisión de apertura -porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria-, vinieron inclinándose por la declaración de la nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa a la comisión de apertura cuando no se demostraba que respondía a la efectiva prestación de servicios o gastos en que se hubiera incurrido. En tal sentido se expresa la propia resolución que se cita en la sentencia recurrida y a cuya argumentación nos remitimos en aras de evitar inútiles repeticiones.*

Tal criterio se modificó por esta Sala tras el dictado de la STS 44/2019, de 23 de enero, que, también sólidamente, argumentó en otro sentido y a cuyo contenido (fundamentos de derecho tercero y quinto) también nos remitimos en aras de la brevedad.

Sin embargo, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) y al menos en tanto no hay un pronunciamiento con superior criterio, entiende esta Sala que debe volverse al inicial criterio. En efecto, en lo esencial y por una parte, el parágrafo 71 de esta resolución establece: “Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato»





deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.". Y, por otra parte, el párrafo 79 señala: "Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 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 remitente.". Se deduce, entonces, la posibilidad de declaración de abusividad de la cláusula cuando la entidad financiera no demuestre que la comisión de apertura responda a servicios efectivamente prestados o gastos en que hubiera incurrido.

Este ha sido, asimismo, el parecer mayoritario hasta el momento -que no unánime- de la jurisprudencia de las





Audiencias Provinciales posterior a la STJUE de 16 de julio de 2020. Así, a título de ejemplo, puede citarse el criterio expresado en diversas sentencias por la sección 4 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (así, la de 21 de julio de 2020), de la sección 3 de la Audiencia Provincial de Castellón (así, SAP 501/2020, de 29 de julio), de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Murcia (así, SAP 723/2020, de 3 de septiembre) o de la sección 5 de la Audiencia Provincial de Baleares (así, SAP 597/2020, de 21 de septiembre).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, la entidad financiera no ha practicado prueba que acredite que la comisión de apertura haya respondido a servicios efectivamente prestados ni gastos en que haya incurrido, por lo que la cláusula debe considerarse abusiva y, consecuentemente, confirmar la declaración de nulidad acordada en la sentencia recurrida.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 , 397 y 398 LEC no procede realizar expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación.

En cuanto a las de la instancia, si bien la demanda resulta estimada parcialmente consecuencia de la parcial estimación del recurso, debe aplicarse la STJUE de 16 de julio de 2020, que declara que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los





consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. Pues la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. Lo que supone la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Unión de Créditos inmobiliarios S.A., frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Oviedo en los autos 2648/18, se revoca en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula segunda del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 11 de abril de 2005, en cuanto amortización del préstamo, apartados a, b, c, d, de fracciones temporales. Se condena al recálculo del cuadro de amortización del préstamo hipotecario, procediendo para dicho recálculo a sustituir el sistema de amortización de fracciones temporales con capitalización de intereses y abono de cuotas contractuales por el sistema de amortización francés de cuota constante, utilizado para el resto del plazo convenido para la devolución del capital prestado, según el tipo de referencia pactado, efectuando la devolución de su total





importe mediante el abono en cuenta, sin el recálculo de amortizaciones mediante la aplicación de las cantidades abonadas en cada momento en exceso al pago del capital.

Asimismo, se reduce la condena dineraria impuesta a Unión de Créditos inmobiliarios S.A., por la nulidad de la cláusula gastos, a la cifra de 708,24 euros, con intereses desde la fecha de pago de las facturas, y manteniendo el resto de pronunciamientos.

No procede realizar particular imposición de costas de la presente alzada, imponiendo las de la primera instancia a Unión de créditos inmobiliarios S.A.

Dese el destino legal a los depósitos dados para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en el BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





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.

