



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2

SIERO SENTENCIA: 00112/2021

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 DE SIERO

C/PARROCO FERNANDEZ PEDRERA, N° 11 1ª PLANTA 33510

Teléfono: 985 72 03 37, Fax: 985 72 40 44

Correo electrónico:

Equipo/usuario: RHG

Modelo: N04390

N.I.G.: 33066 41 1 2020 0000945

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000235 /2020

Procedimiento origen: /

Sobre RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. EUGENIO JOSE ALONSO AYLLON

Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

DEMANDADO D/ña. BANKIA S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA 112/21

En Pola de Siero, a 16 de abril de 2021.

Vistos por mí, Doña Diana Corredera Bermúdez, Jueza en sustitución en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Siero, los presentes autos de **Juicio Ordinario n° 235/2020**, seguidos ante este Juzgado a instancia de Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] legalmente representada por el Procurador de los Tribunales Don Eugenio Alonso Ayllón y asistido del Letrado Don Jorge Álvarez de Linera Prado, contra la entidad "BANKIA, SOCIEDAD ANÓNIMA", legalmente representada por el Procurador de los Tribunales Don [REDACTED] [REDACTED] (sustituido en el acto de la audiencia previa por la Procuradora Doña [REDACTED] [REDACTED]) y asistida de la Letrada Doña [REDACTED] [REDACTED] (sustituida en el acto de la audiencia previa por la Letrada Doña [REDACTED] [REDACTED]), sobre acción de nulidad contractual, y con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de mayo de 2020, por la indicada representación de la parte actora, se presentó escrito de demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en el que tras hacer las alegaciones fácticas y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicaba se dicte "Sentencia por la que se realicen los siguientes pronunciamientos:

A. Se declare la nulidad parcial del Contrato de Préstamo con la numeración 15.521.981/81 suscrito por la parte actora y



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: DIANA CORREDERA
BERMÚDEZ
19/04/2021 11:52
Minerva

Firmado por: MARTA VILLANUEVA
RODRIGUEZ
20/04/2021 08:12
Minerva



la entidad demandada, en todos los contenidos relativos a la comisión por la gestión de la reclamación de posiciones deudoras y al interés de demora.

B. Se declare la nulidad parcial del Contrato de Préstamo con la numeración 22.865.037/70 suscrito por la parte actora y la entidad demandada, en todos los contenidos relativos a la comisión por la gestión de la reclamación de posiciones deudoras.

C. Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y las elimine de los contratos litigiosos.

D. Se condene, en virtud de lo anterior, a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que correspondan por efecto de la nulidad de las cláusulas interesadas, cantidad a concretar en ejecución de sentencia, previa aportación de la totalidad de movimientos desde la formalización de los préstamos.

E. Se condene a la demandada a abonar el interés legal de las anteriores cantidades desde el momento en que salieron del patrimonio de la parte actora y hasta la fecha de Sentencia, así como el interés legal incrementado en dos puntos desde ésta hasta el completo pago.

F. Se condene a la entidad demandada al abono de todas las costas del procedimiento”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 8 de junio de 2020, se dio traslado a la parte demandada para que formulase contestación en el plazo de 20 días hábiles. El 14 de julio de 2020 se formuló contestación por la demandada oponiéndose parcialmente a las pretensiones de la actora, en la que, previa alegación de su disconformidad con que la cuantía del procedimiento sea indeterminada, y con base en los hechos y fundamentos que expone, concluye solicitando se dicte “sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo a mi representada del resto de las pretensiones deducidas en su contra, discutidas por mi representada, y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora”.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 15 de julio de 2020 se convocó a las partes a la audiencia previa, que tuvo lugar en la sede de este Juzgado el día 26 de octubre de 2020, con la asistencia de ambas partes, quienes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Una vez desestimada oralmente la excepción de impugnación de la cuantía, y recibido el pleito a prueba, fueron admitidas todas las solicitadas consistentes en: Documental por reproducida. Tras ello, y de conformidad con el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio por





terminado el acto, quedando los autos conclusos para dictar sentencia. El juicio se registró en documento electrónico que queda bajo la custodia de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia y en grabación videográfica.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales oportunas, excepto el plazo para dictar sentencia, debido a la sobrecarga de trabajo de este Juzgado y por haber sido designada esta Juzgadora para desempeñar sus funciones jurisdiccionales en otro órgano judicial, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita, a través del cauce procesal del juicio ordinario, una acción individual para la declaración de nulidad de cláusulas y condiciones generales de la contratación por abusivas, con base en los artículos 1303 del Código Civil y preceptos del mismo relativos a la doctrina general de los contratos y obligaciones, la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación, de 13 de abril, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, y, hasta la entrada en vigor de éste, la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y, hasta la entrada en vigor de ésta, Ley 7/199 de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, la Orden EHA 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, así como la jurisprudencia aplicable. La demandante argumenta que las cláusulas adolecen de la necesaria reciprocidad y proporcionalidad y, en concreto, por cuanto se refiere a la cláusula por la gestión de reclamación de posiciones deudoras y la cláusula de intereses de demora estima que no fueron negociada individualmente por la parte actora, sino impuesta unilateralmente por la entidad demandada; por otra parte, alega que las cláusulas son abusivas, pues causan desequilibrios importantes en los derechos y obligaciones de ambas partes con perjuicio para el consumidor, por lo que contradice las exigencias de la buena fe. Así, la actora sostiene que ha venido sufriendo el cobro de distintas cantidades correspondientes a comisiones por reclamación de posiciones deudoras e intereses de demora, que resultan abusivas, por cuanto no responden a un servicio efectivamente prestado por la entidad por el Banco o por superar el interés moratorio establecido para los préstamos.





Por su parte, la entidad bancaria se opone parcialmente a las pretensiones deducidas de contrario en base a los siguientes argumentos: Aduce, en primer término, que la cláusula que establece la comisión para el supuesto de reclamación de posiciones deudoras resulta plenamente válida y lícita por cuanto responde a un servicio real y efectivo prestado por parte de la entidad, si bien, se allana a la nulidad de la misma, asumiendo los recientes pronunciamientos jurisprudenciales. Y, en segundo término, alega: 1º) Que la actora negoció de manera expresa e individualizada todas y cada una de las cláusulas del préstamo hipotecario; 2º) Que la redacción de las cláusulas es clara y precisa; 3º) Que la información que se facilitó de manera previa fue la exigida por la normativa vigente; 4º) Que, además, mediante la intervención del Notario se garantizó la transparencia total del clausulado íntegro del préstamo, siendo cláusulas asumidas de manera absolutamente consciente y voluntaria por la actora e informándose debidamente del alcance del clausulado íntegro del préstamo; 5º) Que no nos hallamos ante un prestatario consumidor, sino que el destino dado al inmueble objeto del préstamo hipotecario es préstamo mercantil; y 6º) Que el préstamo se encuentra cancelado. Finalmente, invoca la doctrina de los actos propios y del retraso desleal.

Sentado lo anterior, es un hecho indiscutido entre las partes la suscripción entre las partes del Contrato de Préstamo nº 15.521.981/81 en fecha 1 de julio de 2014 (Documento número 3 de la demanda), que incluye las cláusulas aquí controvertidas, esto es, las relativas a la "comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas" y a "intereses de demora". Asimismo, es hecho incontrovertido la suscripción entre los litigantes del Contrato de Préstamo nº 22.865.037/70 en fecha 2 de enero de 2019, que incluye entre sus cláusulas la relativa a "comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas".

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, procede hacer referencia, en primer lugar, a la impugnación de la cuantía de la demanda formulada por la entidad demandada. Dicha excepción fue resuelta oralmente en el acto de la audiencia previa, por las razones allí expuestas, que en aras de la brevedad se dan por reproducidas. Basta señalar aquí que la actora ha fijado en su demanda la cuantía del procedimiento atendiendo a la declaración de nulidad ejercitada, cuyas consecuencias legales necesarias conllevan la ulterior devolución de cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria en atención a la cláusulas declaradas nulas, siendo así que la cuantía del procedimiento ha de ser necesariamente indeterminada, al no ejercitarse una concreta reclamación de cantidad, sino como se ha señalado una acción de nulidad sobre cuya base se pretende la devolución de cantidades. La propia entidad demandada reconoce en el escrito de contestación que la impugnación no tiene trascendencia a efectos de procedimiento. Y, finalmente, merece destacarse que, como se señala en el Hecho Séptimo de





la demanda, la actora dirigió a la demandada requerimiento, previo a la presente demanda judicial, con el fin y efecto de que reconociera el carácter abusivo y, por tanto, nulo, de las estipulaciones contractuales relativas al devengo de comisiones por reclamación de posiciones deudoras, con los efectos inherentes a tal reconocimiento, ex artículo 1303 del CC, y aportara la totalidad de los movimientos contrato, sin que dicho requerimiento haya sido atendido (Documentos números 2 y 4 de la demanda), de modo que resultaba imposible para la actora determinar las cantidades abonadas por Doña María Concepción Lourdes Ruiz a la entidad bancaria por tal concepto, al no contar con la totalidad de los movimientos de los préstamos, contando únicamente en su poder con los extractos aportados como Documento número 6 de la demanda.

En segundo lugar, la parte demandada niega que la actora ostente la condición de consumidora, por lo que resultaría inaplicable la normativa relativa a consumidores y usuarios. Alude en el Hecho Primero del escrito de contestación a los dos contratos suscritos entre las partes, afirmando que nos encontramos ante una Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 1 de julio de 2014 y una Escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 2 de enero de 2019, que constituyen préstamos mercantiles. Frente a tal alegación, la parte demandante, en el acto de la audiencia previa, argumenta que no se trata de préstamos mercantiles sino de préstamos personales.

Vistas las alegaciones de las partes realizadas en la audiencia previa y el material probatorio obrante en autos (Documentos números 3 y 5 de la demanda), el argumento de la demandada no puede prosperar. Conforme al artículo 311 del Código de Comercio, "Se reputará mercantil el préstamo, concurriendo las circunstancias siguientes: 1º) Si alguno de los contratantes fuera comerciante; 2º) Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio". El Tribunal Supremo ha reconocido la naturaleza mercantil de los préstamos bancarios (así, en Sentencias de 9 de mayo de 1944 y 31 de octubre de 2001) al igual que ha ocurrido en el ámbito de la jurisprudencia menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 22 de enero de 1998), y a tal conclusión parecen apuntar, sin más dificultad, los artículos 175.7º, 177, 199.1 y 212.1 del Código de Comercio, que mencionan explícitamente el préstamo como objeto propio de la operativa de las entidades bancarias. Ahora bien, lo trascendental en casos como el que nos ocupa no es que el préstamo tenga carácter mercantil (circunstancia que concurre en los préstamos bancarios, atendido el tenor del precepto citado y la jurisprudencia mencionada), sino que el prestatario sea consumidor. Examinado el contenido de los contratos, en los mismos no se refleja que se trata de un préstamo hipotecario ni una posterior novación del mismo en el sentido postulado por la entidad bancaria, sino que nos encontramos ante créditos al consumo (véase últimas páginas del Documento número 5 de la demanda, que incluyen "Información normalizada





européa crédito al consumo"). Por ello, no es posible pretender la inaplicación de la normativa protectora de los consumidores. En concreto, no es posible rechazar la inclusión de Doña [REDACTED] dentro del concepto de "consumidora" mantenido tanto en la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, como en el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). En ambos textos se excluía de tal consideración a quienes no sean destinatarios finales, esto es, a los que actúan en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en suma, adquieren, almacenan, utilizan o consumen bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (artículo 1 de la Ley 26/1984, y artículos 3 y 4 de la Ley de 2007). Así, el artículo 3 del Texto Refundido de 2007 define a los consumidores como las personas físicas o jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. En el caso que nos ocupa, no ha resultado acreditado que el dinero recibido en préstamo de la entidad bancaria se destinase para aplicarlo a actividad comercial o profesional alguna, sin que se haya probado que la obtención del dinero derivado del contrato de préstamo no fuera a dedicarse a las necesidades personales de la actora como consumidora o destinataria final del mismo. Procede, por tanto, entrar en el examen de la posible abusividad de las cláusulas contenidas en los contratos litigiosos y aplicar la normativa tuitiva o protectora de consumidores y usuarios.

Por último, conviene señalar que la entidad bancaria demandada puntualiza que el préstamo objeto de la presente litis se encuentra, en la actualidad, cancelado, invocando la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 662/2019, de 12 de diciembre de 2019. Al respecto hemos de señalar que, a tenor del Documento número 2 de la contestación, actualmente el contrato de préstamo número 15.521.981 "se encuentra cancelado económicamente", si bien no se indica la fecha de dicha cancelación. Ahora bien, es criterio de esta Juzgadora que el hecho de que el préstamo esté cancelado no impide cuestionar o analizar las condiciones generales incluidas en el mismo, siempre que las cláusulas controvertidas hayan tenido aplicación durante la vida del préstamo y la acción no haya prescrito. Cuestión distinta sería que las cláusulas no hubieran sido aplicadas, en cuyo caso carecería de objeto analizar la abusividad de la mismas. Por otra parte, no debe olvidarse que son dos los contratos objeto de la presente litis. Finalmente, merece destacarse la posición contradictoria que adopta la entidad demandada, puesto que en el Hecho Previo de su contestación se allana a la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

TERCERO.- Entrando en el análisis de la cuestión planteada, debe tenerse en cuenta que el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los





Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece que se "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". El artículo 82, en su apartado 3, señala que "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y en su apartado 4 advierte que, "en todo caso, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable". Particularmente, el artículo 85.6 del citado Texto Refundido se refiere a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Además, el artículo 89.5 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera abusivos los "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".

Respecto de las conocidas como "comisiones por reclamación de posiciones deudoras", para que sean jurídicamente exigibles deben haber sido objeto de pacto expreso entre las partes, de forma que lo que justifica este pago es el pacto, con el añadido de que respondan las mismas a servicios efectivamente prestados. Fijado el criterio por el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España, expuesto en la Memoria del año 2007, al informar lo siguiente en su página 84: "Esta comisión (comisión por reclamación de posiciones deudoras) constituye 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 su(s) cliente(s). 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 el adeudo de esta comisión 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 (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador)". Por lo expuesto, podemos concluir que el Banco de España condiciona el cobro de la comisión, no solo a que haya sido registrada en el Banco de España, sino también a la necesidad de que responda a un servicio efectivamente prestado.

Distintas Audiencias Provinciales, han venido pronunciándose acerca de la cuestión controvertida. En concreto y en un caso similar al que aquí nos ocupa, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, en fecha de 3 de mayo de 2011, viene a señalar que "Así pues, respecto a la procedencia del cobro de comisiones de descubierto en cuenta corriente éstas serían procedentes junto con intereses de demora, pues no cabe confundir un concepto con otro, y el Banco de España admite el cobro de ambos conceptos, como se deduce del contenido de la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007. Ahora bien, los intereses de demora o más propiamente "intereses de descubierto", remuneran los daños y perjuicios pero la comisión de descubierto, no es eso lo que remunera, sino un servicio nuevo que se presta por parte del Banco al cliente deudor, pues, en definitiva, se admite un nuevo crédito al cliente en forma de descubierto en su cuenta, lo cual determina que el Banco se vea obligado a realizar un especial análisis a fin de permitir o no dicho crédito excepcional que ha de ser remunerado, si bien el criterio mayoritario en el sentir jurisprudencial entiende que el interés en cuestión tiene por objeto indemnizar al Banco por los daños y perjuicios derivados por la concesión de este crédito en descubierto, siendo ello la razón de que se pacten tipos muy superiores a los de los intereses remuneratorios de los créditos ordinarios (...) Pese a lo argumentado en el recurso lo cierto es que no acredita la apelante la efectiva realización de servicio adicional alguno inherente a la situación de descubierto, más allá de la explicación tipo de que la situación de descubierto requiere el análisis de las circunstancias en virtud de las cuáles se produce el mismo y de las operaciones que lo genera, así como de la previsible duración de la situación con comprobación de la solvencia del cliente, actuación que en sí debería dejar algún rastro documental que se ha obviado aportar a las actuaciones, y lo cierto es que cuando las entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito de descubierto, les cobran importantes sumas de dinero como contraprestación a ello, mediante la aplicación de importantes tipos de interés, muy superiores a los que se cobran por los préstamos ordinarios, lo cual evidencia que la razón de ser de estos importantes tipos de interés es porque con los mismos, además de





remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al Banco por la especial situación que se crea por el descubierto, pues han de realizarse mayores apuntes, se corre mayor riesgo, es decir existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto, por lo que de admitirse la postura de la entidad bancaria, se produciría una doble remuneración, para un mismo servicio, lo cuál no resulta admisible, por vulnerar tanto el derecho civil común, como la normativa sectorial bancaria, conforme a la cuál la contraprestación a favor del Banco, en los préstamos, se establece un tipo de interés, no una comisión”.

También nuestra Audiencia Provincial de Asturias se ha pronunciado al respecto. Así, en lo que respecta a la comisión por posiciones deudoras, Sentencias como la de la Sección 5ª, de fecha 4 de febrero de 2019, se han pronunciado reiteradamente sobre su abusividad en el supuesto de su aplicación automática recordando que “dicha comisión responde a un gasto de la entidad, el de la gestión del recobro del descubierto, que viene autorizado por la Ley y específicamente contemplado en la de la Lucha Contra la Morosidad (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) y en la Directiva 2011/7 UE; que es un aspecto del daño patrimonial que no cubre el interés estipulado para el descubierto y que, además, en el caso efectivamente existió, pues se remitieron múltiples notificaciones por correo ordinario a la actora para que regularizase el saldo de la cuenta; sin embargo, empezando por lo último, el Banco de España en su memoria precisa que el gasto litigioso no queda justificado con la simple remisión periódica de una carta generada por un ordenador, sino que el devengo de la comisión debe vincularse a la práctica de efectivas gestiones de recobro (folio 85) y de donde que la documental aportada por la recurrente al contestar (folios 88 y siguientes) sea insuficiente para justificar la repercusión de esta comisión; y de otro y también, que no puede aceptarse, sin más, como lícita y no abusiva la predeterminación del montante de la comisión por la entidad justificándose en su volumen de actividad, pues alegando así desvela que su determinación se produce de forma unilateral por la parte sin revelar su sometimiento a criterios lógicos y asumibles de proporcionalidad, cuanto más rechazable si se considera que viene dispuesta la aplicación de la comisión de forma automática”.

Finalmente, también cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 25 de octubre de 2019, mencionada en el escrito de demanda al que nos remitimos, y que, en aras de la brevedad, damos aquí por reproducida.

Y, en lo que respecta a la cláusula relativa a los intereses de demora, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado en Sentencia de 22 de abril de 2015 que “1. Es abusiva la cláusula que, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que





se derivan del contrato (artículo 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. El Juez nacional, dice el TJUE, podrá valorar si (y, en su caso, en qué medida) el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el Juez nacional debe comprobar, en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de no que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013). El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el Juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013).

2. En el caso de los préstamos sin garantía real, las máximas de experiencia muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado. Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado, por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

3. La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una





indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales. Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”.

Añade el Alto Tribunal que “Declarada la nulidad a la vista del tipo pactado en el préstamo para el interés ordinario, y en cuanto a la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”. Así también se ha pronunciado nuestra AP en Sentencias como las de su Sección 1ª de 5 de octubre de 2016 y de 22 de septiembre de 2017.

CUARTO.- Aplicando la doctrina y jurisprudencia anteriormente expuesta al caso enjuiciado, han de prosperar los argumentos de la actora, que reclama la nulidad tanto de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras como de los intereses de demora, incluidas en el contrato suscrito el 1 de julio de 2014, y la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras del contrato suscrito el 2 de enero de 2019.

La parte demandada manifiesta su allanamiento a la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas en el Hecho Previo de su escrito de contestación, sin necesidad de mayor argumentación. Debemos destacar que, en el caso que nos ocupa, la única prueba practicada es la documental que se acompaña por ambas partes con sus respectivos escritos de demanda y contestación. Resulta, por tanto, evidente que se ha de partir del tenor de los contratos suscritos por las partes, del que se desprende como viene sucediendo en casos similares al presente, que la actora, ante el impago de las cuotas, sufre la repercusión de la comisión de reclamación de posiciones deudoras, a lo que se añade el oportuno interés de demora.

No se ha acreditado por la demandada, que la aplicación de dicha comisión no se realice de forma automática, y que responda por tanto a la prestación de servicio alguno por la entidad bancaria, o a un efectivo gasto de la misma. En definitiva, no hay acreditación de que la comisión responda a una gestión o gasto real, esto es, “BANKIA” no acredita la





realización de gestiones adicionales tendentes a la obtención del cobro de la suma pendiente por este concepto. No consta que la demandada haya tenido gasto alguno motivado por la situación de impago o por posiciones deudoras ni que, como consecuencia de tales circunstancias, haya realizado alguna gestión o servicio; de tal manera que la cantidad exigida en tal concepto ha de reputarse injustificada. En definitiva, no se ha acreditado que las cantidades cargadas respondan efectivamente a reclamaciones reales, efectivamente realizadas.

A mayor abundamiento, y en todo caso, ha de concluirse que nos encontramos ante unas comisiones que no han sido negociadas individualmente y sobre las que el cliente no tiene control alguno, por cuanto vienen incluidas en un contrato prerredactado por la entidad bancaria.

Por cuanto se refiere a los intereses de demora, el contrato de préstamo de 1 de julio de 2014 establece un interés moratorio que quedó fijado en seis puntos superior al interés remuneratorio (véase la Estipulación número 12 del contrato), debiendo declararse abusiva dicha cláusula. Y ello por cuanto las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, 3 de junio de 2016, 15 de junio de 2016, 18 de febrero de 2016 y 23 de diciembre de 2016 han considerado abusivo el interés de demora cuando supere en dos puntos al remuneratorio.

En cuanto a la alegación por parte de la demandada de la doctrina de los propios actos y el retraso desleal, cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 16 de septiembre de 2020, que afirma: "La STS del Tribunal Supremo 1 de abril de 2015, señala que el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto (STS de 15 de junio de 2012). En definitiva, para la aplicación de la doctrina sobre el retraso desleal, expone la STS de 7 de junio de 2010, es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002)". Pues bien, no se considera aplicable la mentada doctrina en el supuesto de autos, por cuanto el hecho de haber abonado las comisiones no es un acto





concluyente al respecto, si la actora no era consciente de la abusividad de las mismas y su carácter desproporcionado, que conlleva su nulidad, por lo que no pudo la demandada esperar de la conducta del demandante su conformidad con la validez de las referidas cláusulas, aquí controvertidas.

El carácter abusivo de las meritadas cláusulas y la posición de desequilibrio de las partes a la hora de concertar el contrato que nos ocupa, invocado por la actora en sustento de sus pretensiones, ha resultado debidamente acreditado, razón por la que procede estimar su petición de declaración de nulidad.

QUINTO.- La declaración de la nulidad de las cláusulas no comporta la nulidad del contrato en el que están insertadas, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la nulidad de su subsistencia. El efecto de la nulidad será el de la restitución de las cantidades abonadas por el deudor mientras se aplicaron las cláusulas, ahora declaradas nulas, conforme a la norma prevista en el artículo 1303 del Código Civil. En el mismo sentido, el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios declara que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas; e igual criterio se mantiene en los artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Por tanto, procede estimar igualmente la petición de la actora relativa a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas. Todo ello conduce a la íntegra estimación de la demanda. Al obrar únicamente en autos los movimientos que tiene a su disposición la demandante (Documento número 6 de la demanda), la determinación de la cantidad a devolver por la entidad bancaria habrá de diferirse a la fase de ejecución de sentencia.

SEXTO.- Corresponde imponer a la demandada el pago de los intereses fijados en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo íntegra la estimación de la demanda, procede la imposición de las costas a la parte demandada. El artículo 395 de la LEC que regula la condena en costas en caso de allanamiento y que libera al demandado allanado, con la concurrencia de determinados presupuestos, de la condena en costas a pesar de la estimación íntegra de la demanda, parte del allanamiento total de aquél a las pretensiones contenidas en ésta. Así las cosas, siendo parcial el allanamiento de la demandada (al reconocer la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas en el Hecho Previo





de su contestación), procede la aplicación del principio general del artículo 394 LEC.

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

FALLO

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador Sr. [REDACTED] en [REDACTED] Doña [REDACTED], cont. [REDACTED] S.A. [REDACTED].

1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusivas de las estipulaciones relativas a comisión por la gestión de reclamación de posiciones deudoras e intereses de demora, contenidas en el Contrato de Préstamo con la numeración 15.521.981/81, suscrito entre las partes, teniéndolas por no puestas.

2.- DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la estipulación relativa a comisión por la gestión de reclamación de posiciones deudoras, contenidas en el Contrato de Préstamo con la numeración 22.865.037/70, suscrito entre las partes, teniéndola por no puesta.

3.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a eliminarlas de los contratos litigiosos.

4.- Asimismo, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada, a la devolución de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por la parte actora en aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales, debiendo la entidad demandada aportar, para su correcta liquidación, el histórico completo de movimientos desde la fecha de suscripción o formalización de los préstamos hasta la última anotación contable practicada; todo lo cual se determinará y liquidará en fase de ejecución de sentencia, conforme a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con imposición a la demandada de las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a todas las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado, dentro de los VEINTE días siguientes a aquel en que se produzca su notificación, para su conocimiento por la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias (artículo 458.1 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de





medidas de agilización procesal). Para interponer el recurso será necesaria la constitución de depósito, conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ (tras la reforma por LO 1/2009, de 3 de noviembre), sin cuyo requisito no será admitido a trámite.

Así por esta mi Sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

