



Notificado: 30/10/2018
Ref. Letrado: 035/2018
Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ
Fecha Actuación: 29/10/2018
Expediente: 2018/360
OLGA NAVAS CARRILLO

RIMERA INSTANCIA N. 16

MURCIA

SENTENCIA: 00201/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVENIDA DE LA JUSTICIA S/N FASE 2 / C.P. 30011, MURCIA
Teléfono: 968858363, Fax:
Equipo/usuario: PNM
Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2018 0010975

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000699 /2018

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. ANGEL VICENTE LOPEZ GÓMEZ

DEMANDADO D/ña. LIBERBANK,S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En la ciudad de Murcia, a diecinueve de octubre de dos mil de dos mil dieciocho.

El Ilmo. Sr. D. , Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Murcia, ha visto los presentes autos de **juicio ordinario número 699/2018** seguidos entre las partes, de una como demandante, **D/DOÑA** , representado/a por el/la procurador/a don/doña , y dirigida por el/la letrado/a don/doña Angel Vicente López Gómez, y de otra, como demandada, **"LIBERBANK SA"**, representada por el/la procurador/a don/doña , y dirigida por el/la letrado/a don/doña , sobre acción individual de nulidad de condiciones generales insertas en



contrato de financiación o préstamo con garantía real concertado por las partes, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El/la indicado/a procurador/a, en la representación acreditada, presentó escrito de demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra la indicada demandada sobre acción de nulidad por abusivas de condiciones generales de contratación las cláusulas sobre gastos y comisión de apertura insertas en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 16 de julio de 2014 formalizado en escritura otorgada en la misma fecha ante la fe del/la notario/a don/doña Gabriel Aguayo Albasini, con número de protocolo 417, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se declare la nulidad de pleno derecho de las referidas cláusulas con los efectos inherentes a dicha declaración y expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para que en el plazo de veinte días contestase la demanda formulada en su contra con los apercibimientos legales.

TERCERO. Emplazada en legal forma la parte demandada se personó por medio del/la indicado/a procurador/a y presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse a la demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado



sentencia en la que se desestime la demanda con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte actora.

CUARTO. Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que ambas partes ratificaron sus respectivos escritos si bien la parte demandante redujo la cantidad reclamada por gastos adaptándola a la doctrina contenida en la Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia. Las partes dieron cumplimiento al resto de las previsiones legales y recibido el pleito a prueba solo propusieron y fueron admitidas como únicos de prueba las documentales que tenían aportadas con los escritos de demanda y contestación quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 428.9 de la LECivil.

QUINTO. En la tramitación de este juicio se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La demanda tiene su origen en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado por las partes, de una como prestamista, la entidad demandada, y, de otra, como prestatario/a, el/la actor/a, el 16 de julio de 2014 formalizado en escritura otorgada en la misma fecha ante la fe del/la notario/a don/doña , con número de protocolo 417.



La parte demandante, como prestatario-consumidor, pretende la nulidad de dos cláusulas insertas en el contrato. Se trata de las cláusulas sobre "gastos" y "comisión de apertura".

En virtud de la primera el prestatario e hipotecante queda obligado a satisfacer, entre otros, los gastos de tasación del/los inmueble/s; todos los gastos (aranceles notariales y registrales) relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca y los de tramitación para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La parte demandante, después de la precisión que realizó en la audiencia previa en la que ajustó sus pretensiones a la doctrina contenida en la Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia constituida en Pleno, reclama las siguientes cantidades: a) Notario 326,19€; b) Registro 214,23€; c) Gestión 508,20€; y d) Tasación 311,39€. Total 1.360,01€.

En la segunda se establece a cargo de la parte prestataria el pago por una sola vez de una comisión de apertura del 0,75% calculada sobre el principal del préstamo y que se liquida al formalizarse. Por este concepto reclama la suma de 1.050,50€.

SEGUNDO. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SOBRE GASTOS. PRINCIPIOS GENERALES Y EFECTOS. Pretende la parte demandante la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula financiera inserta en el contrato de préstamo con garantía real suscrito entre las partes en la que se atribuyen a la parte prestataria el pago, entre otros, de los gastos derivados de la constitución o formalización, modificación o cancelación de la hipoteca, así como su inscripción registral, abono de los impuestos que gravan el acto jurídico y los



gastos procesales, reclamando por tales conceptos la cantidad total de 1.360,01€.

La finalidad que se persigue es que se declare la nulidad, por abusiva, de la cláusula sobre gastos inserta en el contrato y, en su consecuencia, se condene a la entidad demandada al pago de las cantidades que la parte prestataria ha tenido que abonar hasta la fecha siguiendo a tales efectos la doctrina sentada en la reciente Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia constituida en Pleno, cuya finalidad, ha sido sin duda, entre otras, la de unificar la doctrina al respecto con la intención de evitar la numerosa litigiosidad que existe en esta materia, en el entendido caso que el prestatario ha abonado no a la entidad demandada sino a terceros las cantidades que reclama, de suerte que no se trata de restitución de cantidades indebidamente cobradas por la demandada, sino de cantidades indebidamente satisfechas por el prestatario a terceros como consecuencia de la nulidad de pleno derecho de una cláusula introducida abusivamente en el contrato por la prestamista. Estaríamos, en consecuencia, de una reclamación que deriva de la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula como una consecuencia más de la necesaria protección de los consumidores y usuarios frente a actuaciones abusivas de empresarios/profesionales derivada de la reiterada doctrina del TJUE que así lo viene declarando, máxime si se tiene presente que la finalidad del control de la abusividad incluso de oficio impuesto por la doctrina del TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, no es otro que eliminar de una vez por todas las cláusulas abusivas en todos los contratos en los que sean parte contratante consumidores y/o usuarios. En conclusión, la



utilización de cláusulas abusivas para los consumidores se contempla como una mala praxis contractual del empresario/profesional que se hace preciso eliminar en este tipo de contratación y es, precisamente, de esta mala praxis de la que deriva un derecho de quedar indemne para el consumidor.

Por lo demás conviene señalar que este juzgador ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la nulidad por abusividad de la cláusula que se somete a consideración. La conclusión a la que llegó es la siguiente: considerando que la cláusula no es un elemento esencial del contrato de préstamo ni constituye su objeto principal, resulta, en consecuencia, irrelevante que la cláusula sea o no transparente, tanto en su comprensión literal como en su trascendencia económica, de ahí que lo que directamente se plantea es un problema de abusividad de una condición general de la contratación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiese aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, luego resulta que la misma, tal y como consta redactada, es nula de pleno derecho, debido a que, existiendo la posibilidad de realizar un reparto equitativo entre las partes contratantes, no solo no se asegura o establece en ella una mínima reciprocidad entre los gastos ocasionados como consecuencia de la intervención del notario y registrador, gestoría etc., sino que hace recaer la totalidad de estos sobre el prestatario e hipotecante. De la lectura de la cláusula en particular y del contrato en su conjunto se puede llegar a la conclusión que se pretende hacer recaer en los prestatarios-consumidores toda la carga financiera o económica del contrato sin ningún tipo de discriminación.

A tales efectos la Sentencia del tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, *analiza a la luz de la legislación de*



protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente en lo que se refiere al préstamo hipotecario, afirma que el art. 89 del R.D.L. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013) una serie de supuestos concretos. Así, a) la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario."

A tales efectos conviene poner de manifiesto que una detenida lectura de la Sentencia 244/2018, de 19 de abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, revela que esta es la doctrina que mantiene el Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia. No podía ser de otra forma debido a que la Sentencia viene a fijar como criterio del Pleno el que venía manteniendo en numerosas sentencias dictadas sobre la misma cuestión.

A ello se refiere la Sentencia 244/2018, de 19 de abril, en el penúltimo párrafo del FD Segundo en el que cita las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo, número 147 y 148 de 2018, ambas de 15 de marzo.



Por lo demás, establecida la nulidad de la cláusula, la controversia se suscitaba en lo que se refiere a los efectos de la nulidad. En este sentido la doctrina unánime de la Audiencia Provincial de Murcia se resume en el FD QUINTO de la tan citada Sentencia 244/2018. En él se exponen las consecuencias de la nulidad, a saber: a) La cláusula se ha de tener por no puesta (inexistente), lo que impide que el Tribunal pueda moderarla o integrarla; b) No obstante lo anterior, el Tribunal podrá aplicar la norma de Derecho nacional prevista para el caso de ausencia de pacto, si permite restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de los contratantes; c) La parte quien la impuso está obligada a hacer frente a los gastos ocasionados por el consumidor (se desprende que la obligación de pago deriva de la propia nulidad por abusividad de la cláusula) que no tengan cobertura en el derecho interno. En concreto siente el criterio unánime sobre quién y cómo deben abonarse los gastos sometidos a consideración en el recurso, a saber: 1. Impuestos se satisfarán de acuerdo con la legislación fiscal aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS conforme a la cual el de actos jurídicos documentados, relativo a la constitución de hipoteca, a la cuota variable en función de la cuantía del negocio jurídico y a la cuota fija por timbre de la matriz (cuando no exista pacto expreso) los impone al prestatario, en tanto que el derecho de la cuota fija por timbre de las copias deberá ser satisfecho por quien las solicite; 2. Los gastos notariales se han de abonar por mitad, al tener en la normativa arancelaria ambos (prestamista y prestatario) la consideración de interesados; 3. Los gastos registrales son de cuenta exclusiva del prestamista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según normativa arancelaria; 4. Los de gestoría deberán ser atendidos por el prestamista al no existir norma de derecho nacional que determine quién debe abonarlos, y 5.



Los de tasación deberán ser atendidos por el prestamista por la misma razón que los anteriores.

Estas y no otra son las conclusiones a las que ha llegado el Pleno de la Audiencia provincial de Murcia en la referida Sentencia en base a los extensos argumentos que expone en sus anteriores Fundamentos que se dan por reproducidos y que vienen recopilar la doctrina contenida en los numerosos pronunciamientos efectuados sobre el tema por las diversas Secciones de la Audiencia.

Este juzgador ha de poner de manifiesto desde ya que seguirá (como no puede ser de otra forma habida cuenta que además lo comparte) el uniforme criterio o doctrina sentada en la referida Sentencia ya que la misma ha sido dictada, precisamente, sin ninguna duda con el propósito de establecer de una vez por todas un criterio uniforme en su ámbito territorial para evitar, en la manera que ello sea posible, la más que numerosa litigiosidad que existe al respecto y facilitar acuerdos extra e intra-judiciales, como de hecho ha ocurrido en otros procedimientos ordinarios tramitados en este Juzgado en los que las partes han llegado a acuerdos en los actos de audiencia previa virtud de la doctrina del Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia.

Este acuerdo no se ha producido en el caso de autos debido a que la parte demandada no tuvo a bien aceptar la doctrina sentada por el Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia.

En atención a lo expuesto la pretensión de la demandante debe ser estimada con la consiguiente condena de la entidad demandada a abonar a la parte demandante la cantidad de 1.360,01€ más el interés legal de la referida cantidad desde



la fecha de la reclamación extrajudicial hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO. SOBRE NULIDAD DE CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA Y SUS EFECTOS. La parte demandante se refiere a la nulidad de la cláusula sobre "comisión de apertura" incluida en el del contrato de préstamo suscrito por las partes la que le impone sin más detalle el pago de un porcentaje sobre el principal objeto del préstamo con un mínimo de 601,01 euros pagadero por una sola vez en el momento de formalizarse el préstamo.

No desconoce este juzgador que no hay unanimidad en los criterios de la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales sobre la nulidad o validez de las comisiones cuyo pago se impone a los prestatarios en general y sobre la comisión de apertura en particular.

Así una parte de la jurisprudencia menor se posiciona considerándola no abusiva y decide mantenerla. Por ejemplo, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Secc. 1ª, de 1 de febrero de 2018* se dice que "el coste de apertura no es un acto vinculado a la formalización del contrato de préstamo, por cuanto se sustenta en el coste de gestiones y servicios financieros previos a él y, aunque tenga como finalidad principal suscribirlo, la comisión de apertura no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validarlo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica.



En conclusión, la mantienen porque la misma no se integra en el contrato, sino que corresponde a una fase previa. La SAP Madrid, Secc. 9ª, de 23 de noviembre de 2017, con cita de la SAP de Tarragona Secc. 1ª nº 41/2017 de 7 de febrero de 2017 parte de su definición por el Banco de España como la que remunera a la entidad bancaria por los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados, consistiendo habitualmente en un porcentaje sobre la cantidad que se presta, correspondiendo a las gestiones y análisis que debe realizar para verificar la solvencia del cliente y los términos de la operación solicitada. Con esta base y considerando que retribuye actividades y gestiones llevadas a cabo por la entidad bancaria, concluye que es lícito su cobro al cliente, en la medida que se trata de abonar unos servicios realmente prestados.

Sin embargo, el parecer mayoritario en la jurisprudencia menos es considerar que se trata de una cláusula abusiva. Se sostiene que no corresponde a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, tal como se establece en el párrafo segundo del art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ("*Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*"), por lo que la aplicación del principio de "*realidad del servicio remunerado*" da lugar a su declaración de abusividad, si no se acredita la prestación del servicio.

Ese añade que no se entiende la razón de que deba ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras



del préstamo (interés ordinario y moratorio) lo que motiva al prestamista a contratar. Y si bien el art 87.5 LGDCU admite la facturación de aquellos costes no repercutidos, su interpretación no debe ser extensiva y su importe ha de adecuarse al servicio efectivamente prestado, que deberá probarse por el profesional.

Se mantiene que la referencia en la normativa sectorial a dicha comisión no impide la aplicación de la legislación protectora de los consumidores (STS 9 de mayo de 2013), tanto porque aquella normativa impone la realidad del servicio, como por razones de jerarquía normativa y que a ello no es óbice lo expuesto que la Ley 2/2009 de 31 de marzo, 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 contemple la comisión de apertura en su artículo 5.2.b), primer inciso: "En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito" debido a que se trata de una norma que no concreta siquiera la cuantía de la comisión y que, refiriéndose a ella en términos tan generales, no debe prevalecer sobre el art. 87.6 del TR de la Ley de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007) que, siendo norma especial, considera abusivas las cláusulas que impongan al consumidor una retribución por servicios no prestados efectivamente.

Por lo demás en lo que se refiere a la prueba se afirma que la fijación sin más de una cuantía o un porcentaje sobre el



principal del préstamo equivale a la inexistencia de la prestación del servicio que supuestamente se retribuye ("*quod nos est in actis non est in mundo*").

En el sentido favorable a la doctrina de nulidad por abusiva de la cláusula sobre comisión de apertura se pronuncian la SAP de Soria, sección 1, de 15 de enero de 2018, SSAP de Oviedo, sección 6, de 19 de enero de 2018 y Secc 1ª de 1 de febrero de 2018, que cita las anteriores del mismo tribunal de 30 de julio de 2015, de 2 de junio o de 10 de octubre de 2017; también, limitando esta cita a las más recientes, en la SAP de Baleares, Secc. 5ª, de 1 de febrero de 2018, y la Sentencia 132/2018, de 19 de abril, de la Sección 3ª de la AP de Castellón.

Al tema sobre la nulidad de las comisiones bancarias y las distintas posiciones jurisprudenciales se refiere también la Audiencia provincial de Murcia, Sección 4ª, en su reciente Sentencia 197/2018, de 28 de marzo, que contempla un supuesto de nulidad de comisiones bancarias por posiciones deudoras.

En su FD QUINTO realiza un detenido estudio de cuál es la situación jurisprudencial en la materia afirmando lo siguiente:

"La Nulidad de las comisiones bancarias.

El punto de partida del recurrente según el cual las comisiones bancarias son exigibles cuando (a) están previstas contractualmente, y (b) no carecen de causa, por responder a un servicio real y efectivamente prestado por la entidad bancaria es acertado, pues se ajusta a lo previsto en el art 3



de Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

"1. Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.

Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos"

Requisitos ya contemplados en el art 5 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, vigente en el momento de concertarse el préstamo objeto de esta litis

Ello no significa que no queden sometidas a los controles de incorporación y abusividad con arreglo a la LCGC y LGDCU si se insertan en una contratación seriada con consumidores (por todas, STS de 9 de mayo de 2013). Para ello deberemos analizar la literalidad de la cláusula cuestionada y verificar si (a) se ajusta al principio de "realidad del servicio remunerado" de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, y (b) el importe repercutido es adecuado o proporcional al gasto o servicio efectivamente habido o prestado, pues en caso contrario se incidiría negativamente en el justo equilibrio de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 80 de la LGDU

2. Comisión por reclamación de posiciones deudoras

2.1 El contrato prevé una comisión por reclamación de posiciones deudoras, por importe de 25€, *"que será única y exigible por cada posición deudora o vencida y reclamada"*



Sobre la misma, la Memoria del Banco de España del Servicio de reclamaciones de 2009 contiene las siguientes consideraciones de interés

" Esta comisión 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 su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que:

- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por un ordenador).

- Es única en la reclamación de un mismo saldo. [...]No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación (por ejemplo, notaría).

- Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales.

Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de



cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación"

2.2 La sentencia apelada, tras la reproducción de varias sentencias de Audiencias Provinciales, concluye que la cláusula es nula

" ...puesto que hace repercutir sobre el mismo un servicio que en modo alguno le es prestado, así como por establecer una cantidad fija, sin que la misma sea estipulada con un máximo a reclamar, sin que exista justificación alguna sobre que dicha cantidad realmente concuerde con los gastos que conllevaría la reclamación"

El apelante destaca el inciso final de dicha cláusula, "y reclamada ", de manera que no se prevé su devengo automático, sino que dicha comisión solo se produce si hay efectiva reclamación por la posición deudora, no tratándose de una sanción por la situación deudora, sino un resarcimiento al acreedor por el gasto adicional que le ha causado el incumplimiento del deudor.

2.3. En la práctica judicial encontramos posturas encontradas.

De una parte aquellos que parecen inclinarse por considerarlas abusivas en todo caso al no implicar ningún servicio para el consumidor, venir a encubrir una auténtica cláusula penal cumulativa a los intereses moratorios (SAP de Asturias, Sección 6ª, de 19 de enero de 2018) y fijarse un importe, prescindiendo del coste particular del servicio (no explicitado) que se presta (SAP de Valencia, Sección 9ª, de 6 de abril de 2016 o 11 de abril de 2017). Entre otras SAP de Asturias, Sección 5ª, de 28 de julio y 22 de diciembre de



2017, con cita de la sentencia de la AP de Álava de 30 de diciembre de 2.016 según la cual

"30.- Cuando se produce una "posición deudora", es decir, un impago por el cliente bancario, la tarea de recobro no es un servicio efectivamente facilitado al cliente, ni un gasto en que incurra la entidad por prestarlo. El cliente ni demanda ni precisa de esa reclamación. El servicio sólo es para la entidad bancaria, que reclama el pago. Es decir, para la parte contratante cuyo objeto social es tal actividad.

31.- El cobro de una cantidad al cliente por realizar una gestión de cobro a ese cliente, no responde a un servicio al mismo, ni un gasto por verificarlo. Cumple una función legítima, el recobro de lo impagado, pero que sirve al profesional, no al consumidor. Por lo tanto, si se siguen las directrices de la Orden EHA/2.899/2.011, de 28 de octubre, no podría dar lugar a una comisión, pues no hay servicio o gasto que retribuir.

32.- Hay que añadir que cuando se produce un descubierto, impago o "posición deudora", opera el interés de demora característico de la contratación bancaria. Recordemos que este interés de demora se ha considerado por la jurisprudencia (STS 2 octubre 2.001 (RJ 2.001, 7.141), rec. 1.961/1.996 , 14 julio 2.009 (RJ 2.009, 4.467), rec. 325/2.005 , 22 abril 2.015 (RJ 2.015, 1.360), rec. 2.351/2.012 y 3 junio 2.016 (RJ 2.016, 2.300), rec. 2.499/2.014) de naturaleza indemnizatoria, por los perjuicios que se ocasionan al acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío del deudor. El interés de demora, en palabras de la STS 26 octubre 2.011 (RJ 2.012, 1.126), rec. 1.328/2.008, es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones...".



33.- Si se produce el descubierto, impago o "posición deudora", opera inmediatamente el interés de demora. Si a ese interés se suma la " comisión" ahora discutida (que permite el cobro de hasta 30 euros por remitir un simple correo electrónico), resulta una sanción civil o indemnización desproporcionada, que carece de justificación y vulnera el art. 85.6 LGDCU (RCL 2.007, 2.164 y RCL 2.008, 372), que declara abusivas "Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".....".

De otra, quienes no aprecian su nulidad per se si responden a una actuación del banco y no son desproporcionadas. Así, la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de noviembre de 2017, con apoyo en la previa de 26 de mayo de 2017

"...cuando la comisión de 30 euros está prevista "en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas", es lo cierto que no se vincula a la efectiva reclamación que haya hecho o deba hacer el banco, ni por lo tanto a gastos de gestión precalculados en que el banco pueda incurrir, puesto que su devengo se produce "en cada situación que la parte prestataria mantenga obligación/es de pago/s incumplida/s y que se cobrará cuando la parte prestataria regularice voluntariamente la situación de mora o conjuntamente con la primera liquidación de intereses ordinarios que se produzca con posterioridad". 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.

42. Tal como está redactada, desvinculada de cualquier servicio o gestión que la entidad financiera deba realizar y que justifique la comisión, la cláusula encaja en la previsión del apartado 6 del artículo 85 de la LGDCDU, que reputa



abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones".

O la SAP de Cáceres de 11 de octubre de 2.017 cuando nos dice

"La comisión por posiciones deudoras es una cláusula abusiva de conformidad a lo dispuesto en el art. 87.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007 ... en los casos de cobro por servicios no efectivamente prestados, por cuanto no responde a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos....

En el supuesto examinado, la parte actora ni alega, ni acredita haber efectuado el pago de una sola comisión por posiciones deudoras, entre otras razones, porque los actores vienen abonado con normalidad las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, de manera que en ningún caso se ha producido el cobro por servicios no efectivamente prestados"

Por su parte la SAP Alicante, sección 8ª, de 15 de julio de 2016 que, tras hacerse eco de la Memoria del Banco de España, argumenta

"Es por ello que cuando la cláusula fija la imposición de un precio fijo por reclamación, con independencia del acto de gestión a que se refiere, sin vinculación frente a él ni económica ni jurídica, se está atentando al principio de equilibrio y por tanto, causando el desequilibrio al que se refiere el art. 82-1 TRLGCU que es un déficit jurídico y por tanto, referido a derechos y obligaciones y no al contenido económico del contrato.

La cláusula produce desequilibrio y es abusiva porque no hay reciprocidad dado que a la prestación de una parte no sigue, necesariamente, una contraprestación de la otra, resultando



indiferente cual sea la cuantía o valor económico real de la prestación -gestión de cobro- y contraprestación -precio de la gestión-.".

2.4 Consideramos, pues, más acertada la línea que atiende a las previsiones contractuales de cada cláusula, discriminando el plano de la validez del de la aplicación

El argumento de que la reclamación que el banco acreedor realiza a su deudor no constituya un servicio prestado en favor del cliente, no es satisfactorio. Aquí su justificación es la existencia de una actuación del banco generadora de un coste resarcible, al traer causa de la conducta incumplidora del cliente, ya que las comisiones no solo deben responder a servicios efectivamente prestados, sino también a gastos/costes habidos

Tampoco parece que afecte a su validez en abstracto la existencia de intereses de demora. Estos son una pena o sanción destinada a indemnizar al acreedor de los daños causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, mientras que la comisión que nos ocupa va dirigida a resarcir el gasto por una actuación efectiva del banco derivada del incumplimiento del deudor

Finalmente, razones de transparencia y de eficiencia pueden explicar que se fije un importe predeterminado o precalculado, atendiendo a los costes medios en que el banco pueda incurrir.

2.5 Así, atendida la literalidad de la cláusula litigiosa, entendemos que lleva razón el banco al reseñar que no se prevé su devengo automático. La comisión solo se producirá si hay efectiva reclamación por la posición deudora.

En definitiva, desde el plano de la validez de la cláusula no se aprecian motivos para su eliminación. Cosa distinta es



el plano de su aplicación concreta, en el que deberá la entidad financiera, si pretende su cobro, acreditar que ha desarrollado una actividad efectiva para reclamar el pago y de suficiente entidad para justificar la suma prevista, sin que para el Banco de España baste la simple remisión de una carta periódicamente generada por un ordenador

2.6 Dado que el banco no acredita qué gestiones efectivas haya realizado para reclamar las posiciones deudoras vencidas, deberá devolver (o compensar, si los actores son deudores del banco) las cantidades que por este concepto haya cobrado, sin poder reclamarlas en caso de no haberla hecho efectivas”

Así las cosas, de lo que se trata es de que este juzgador ha de posicionarse en el sentido de compartir una de la dos posiciones jurisprudenciales expuestas y siendo ello así lo está por aceptar la mayoritaria máxime cuando, como ocurre en el caso enjuiciado, la parte demandada no ha aportado ninguna prueba que justifique no solo que la cláusula se negoció con los prestatarios, sino que además no se prueba siquiera indiciariamente que la comisión pactada responda a servicios realmente prestados por la entidad demandada. Ni del tenor literal de la misma se puede desprender siquiera indiciariamente tales extremos habida cuenta que se establece un porcentaje o cantidad fija cuyo debe es automático.

Por lo demás los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que nos ocupa son los mismos que los de cualquiera otra que confiere un beneficio al profesional. En esta materia poco se puede aportar más sobre lo reiteradamente declarado por la jurisprudencia, tanto del tribunal Supremo como la de las Audiencias provinciales, en base a la doctrina sentada al respecto por el TJUE en las numerosas resoluciones dictadas al respecto, la nulidad determina que la cláusula se debe tener



por no puesta y sus efectos no admiten moderación expresa ni tácita luego el empresario que la utiliza habrá de restituir al consumidor todas las cantidades indebidamente cobradas. Como se ha expuesto, se trata de los efectos de la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva y de la obligada restitución de lo indebidamente percibido.

Sobre las consecuencias de la nulidad de las cláusulas y la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad demandada puede acudirse por todas a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que modificó la jurisprudencia emanada de las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo.

En ella la Sentencia del TJUE considera que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013, y que esta jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no



constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Lo anterior implica que en todos los supuestos de nulidad de cláusulas abusivas el profesional/empresario debe restituir al consumidor de todas las cantidades que este ha pagado indebidamente al primero o lo que es lo mismo de la cantidad que el primero ha cobrado indebidamente a al segundo como consecuencia de la indebida aplicación de una cláusula cuya nulidad se declara, más el interés legal del dinero de la suma indebidamente satisfecha desde la fecha en la que el consumidor realiza el pago indebidos hasta la de la presente resolución que será el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta la de su completo pago (art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ya que de no ser así se limitaría la protección que la Directiva 93/13/CEE confiere a los consumidores y usuarios.

CUARTO. COSTAS. Procede la condena al pago de las costas procesales a la parte demandada de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que si bien es cierto que la inicial pretensión sobre condena a los gastos desembolsados por la parte actora no era correcta (50% de gastos Notariales), no lo es menos que posteriormente en el acto de la audiencia previa luego de conocer la doctrina del Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia redujo o adaptó su pretensión a la misma lo cual revela que de haberla conocido al tiempo presentar la demanda hubiese ajustado su pretensión a lo solicitado en la audiencia previa y, además, la demanda es estimada en lo esencial. No ha ocurrido lo mismo con la parte demandada que ha mantenido su oposición evitando así la posibilidad de un acuerdo



quiera en lo que se refiere a la nulidad de la cláusula sobre gastos.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por **D/DOÑA** , representado/a por el/la procurador/a don/doña , contra **"LIBERBANK SA"**, representada por el/la procurador/a don/doña :

1.- Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 16 de julio de 2014 formalizado en escritura otorgada en la misma fecha ante la fe del/la notario/a don/doña Albasini, con número de protocolo 417, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 1.360,01€ más el interés legal de la referida cantidad desde el 5 de abril de 2017 hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

2. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre "comisión de apertura" inserta en el referido contrato de préstamo con garantía real, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 1.050,00€ más el interés legal de la referida cantidad desde el 16 de julio de 2014 hasta la



fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago

3. Todo ello con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandada.

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial el cual deberá interponerse, en su caso, en el plazo de veinte días desde el siguiente al de su notificación a través de escrito presentado en este Juzgado en la forma prevista en el artículo 458.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y la constitución, en igual plazo, de un depósito de 50 euros mediante ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

El ingreso para constituir el depósito, cuyo resguardo deberá de acompañarse con el escrito de preparación deberá de realizarse en la entidad SANTANDER. En el resguardo deberán de realizarse las siguientes indicaciones: a) en el campo PPPP el número de procedimiento, precedido de los ceros necesarios para completar 4 dígitos; y b) en el campo AA el número de procedimiento expresado en los dos últimos dígitos del año. En el resguardo se deberá de expresa el tipo de recurso y el código concreto del mismo.

Así por esta mi sentencia, administrando justicia en nombre de SS MM El Rey y juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/



Notificado: 30/10/2018

Ref. Letrado: 035/2018

Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ

Cabecera

Remitente:	[3003042016] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 35: RESOLUCION 00201/2018 Est.Resol:Publicada
Fecha LexNET:	lun 29/10/2018 09:21:07

Datos particulares

Remitente:	[3003042016] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
Destinatario:	
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000699/2018
Tipo procedimiento:	OR5
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201810236207869

Archivos adjuntos

Principal:	300304201600000093932018300304201611.PDF
Anexos:	-

Lista de Firmantes

Firmas digitales:	-
-------------------	---