

SENTENCIA nº 001155/2019

En Pamplona/Iruña, a 17 de diciembre del 2019.

Vistos por D^a Ana Ávila Hierro, Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Pamplona y su partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 6487/2017, seguidos a instancia de [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Laseca Arellano y asistida por el Letrado Sr. Iribarren Ribas, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Campos Pérez-Manglano y defendida por el Letrado Sr. Tronchoni Ramos, en los que constan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de octubre de 2017 tuvo entrada en este Juzgado, previo turno de reparto, demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Laseca Arellano, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, sobre acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad. En el suplico de dicha demanda se solicita a este Juzgado que se dicte sentencia por la que:

1. Se declare la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el hecho primero de la demanda (cláusula suelo), es decir, de la cláusula del contrato de préstamo suscrito entre las partes que establece un límite a la variación del tipo de interés por tener el carácter de abusiva.

2. Se condene a la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA a la devolución a la demandante de las cantidades que han venido pagando de más, como consecuencia de la aplicación de la citada cláusula suelo desde que desplegó sus efectos, hasta mayo de 2013, ya que la entidad bancaria suprimió sus efectos a partir de esa fecha. Dicha cantidad solicita que sea determinada por el Juzgado en el momento procesal que corresponda.

3. Se declare la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el hecho quinto de la demanda, es decir, de la cláusula del contrato de préstamo suscrito entre las partes que establece una comisión

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

de 21 euros mensuales por impago de cualesquiera de las obligaciones asumidas por la parte prestataria.

4. Se declare la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el hecho quinto de la demanda, es decir, de la cláusula del contrato de préstamo suscrito entre las partes que establece unos intereses de mora del 19%, por tener ésta el carácter de abusiva, declaración que debe arrastrar consigo también la declaración de nulidad del pacto de anatocismo o capitalización de intereses contenido también en el préstamo hipotecario suscrito por la demandante.

5. Todo ello con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días compareciera en autos asistida de abogado y representada por procurador y contestara a la demanda por escrito, lo que verificó en tiempo y forma mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda arreglado a las prescripciones legales, suplicando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa, comparecieron ambas debidamente asistidas y representadas. Fueron exhortadas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

La parte demandada se opuso a fijación de la cuantía del procedimiento como indeterminada, al indicar que, pese a que dicha cuantía solo sea relevante a los efectos de liquidación de las costas, la misma puede cuantificarse en virtud del art. 253 de la LEC. Habiendo fijado la parte demandada la cantidad a restituir por lo abonado en concepto de cláusula suelo en la cantidad de 3.350,46 euros, se procedió a fijar la cuantía del procedimiento en dicha cantidad, a lo que se opuso la parte actora, quien sostiene que este tipo de procedimientos son de cuantía indeterminada.

Recibido el pleito a prueba, ambas partes solicitaron que se tuviese por reproducida la documental obrante en autos. La parte actora puso de manifiesto que la demandada no adjuntó junto con la contestación documento alguno pese a que en su escrito de contestación indica acompañar diversos documentos muy concretos. Entendiéndose que se trató de un error al no adjuntar los documentos, se dio a la parte demandada un plazo para subsanar dicho error, dándose luego traslado a ambas para conclusiones por escrito.

Solicitando la parte actora nuevo traslado para pronunciarse sobre la cuestión de la compensación y entendiéndose que resultaba conveniente más información respecto del estado del préstamo para poder resolver el procedimiento, se acordó mediante providencia, dar un nuevo trámite a las partes para alegaciones. Seguidamente, quedaron los autos pendientes de resolver.

Firmado por:
ANA AVILA HIERRRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Indext.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y al amparo de la normativa protectora de los consumidores usuarios. Sostiene que deben declararse nulas: la cláusula tercera, 3.bis.3 titulada Límites a la variación del tipo de interés de la escritura pública de préstamo hipotecario sobre vivienda de 13 de octubre de 2005 suscrita entre las partes ante el Notario D. Antonio Luis Vitoria Blanco, con el número 1235 de su protocolo, en cuanto fija un tipo mínimo de interés del 2,25%; la cláusula cuarta, en su apartado 4.4, relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas por la que se impone por la entidad una comisión de 21 euros por cada recibo impagado; y la cláusula sexta, en su apartado de interés de demora del 19%.

Considera que todas estas cláusulas son abusivas, conforme a la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, interesando que se eliminen dichas condiciones del contrato de préstamo y que se devuelvan las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de las mencionadas cláusulas. Considera que ninguna de estas cláusulas pudo ser negociada, siendo todas condiciones generales de la contratación impuestas de manera unilateral por la entidad bancaria y que son abusivas, pues producen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, causando perjuicios al consumidor.

En cuanto a la cláusula de tipo de interés ordinario mínimo, sostiene que la entidad bancaria no cumplió sus obligaciones de transparencia e información, no constando la entrega de la oferta vinculante, ni del folleto informativo. Tampoco hay prueba alguna de que se realizara al cliente una advertencia expresa de la existencia de dicha cláusula y que se le explicara el alcance económico de la misma, tratándose de una cláusula no negociada.

En cuanto a la cláusula de comisión por impago, porque establece el abono de una comisión de manera automática, sin que responda a un servicio efectivamente prestado al cliente o a una gestión efectiva para reclamar tales impagos, siendo además extraordinariamente desproporcionada.

En cuanto a la cláusula de intereses de demora, porque no se ajusta a la legislación de consumidores y usuarios, pues resulta desproporcionadamente alta, estando fijado al 18%, por encima del triple del interés legal del dinero en cada ejercicio conforme establece el 114.3º de la LH.

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demanda alegando la negociación individual de todas las cláusulas del contrato y en especial de la cláusula suelo, no resultando de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Igualmente indica que se han cumplido

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

todas las exigencias de la transparencia material y que la actora fue consciente de la carga jurídica y económica de la cláusula.

Por otro lado, pone de relieve que el préstamo hipotecario resultó impagado desde 2012, incurriendo en mora total por lo que sostiene que en el caso de estimarse la demanda, procede la compensación al concurrir los requisitos del art. 1196 del CC.

Además, invoca la excepción de falta de legitimación activa ad causam para el ejercicio de la acción de nulidad porque afirma que el préstamo hipotecario también fue suscrito por D. Ricardo Bermúdez Heredia y que éste no interviene en el procedimiento como demandante.

Subsidiariamente a lo anterior sostiene que debe establecerse un límite temporal a la acción de nulidad de pleno derecho con el propósito de evitar que ésta se ejercite de mala fe tal y como se impone en las leyes del procedimiento administrativo (110 de la LRJPAC).

En cuanto a la cláusula suelo, sostiene su validez, pues considera que supera todos los controles de legalidad impuestos por la jurisprudencia, tanto de transparencia e incorporación, pues es clara, sencilla y se encuentra en un epígrafe independiente; como de abusividad, pues los clientes fueron debidamente informados de su existencia, entregándose por la entidad bancaria la correspondiente oferta vinculante y que el Notario advirtió en la escritura de la existencia de límites a la variación del interés al alza y a la baja.

En cuanto a la cláusula de comisiones por impago afirma que está justificada porque responde a gastos habidos por servicios de la entidad para reclamaciones por incumplimiento y que se encuentra amparada por la normativa aplicable. También indica que la actora conocía dicha comisión por impago cuando suscribió la escritura de préstamo y la consintió libremente conforme al art. 1255 del CC.

En cuanto a la cláusula de intereses de demora alega que no puede ser considerada abusiva porque fue libremente negociada por las partes y es clara y transparente, incluyéndose tanto en el contrato de préstamo como en la oferta vinculante. Igualmente sostiene que el interés de demora tiene por objeto sancionar el incumplimiento de la obligación de impago (carácter punitivo, no retributivo). Subsidiariamente solicita la aplicación de lo establecido en la sentencia del TS 364/2016, de 3 de junio (ROJ 2401/2016).

TERCERO.- En primer lugar y por lo que se refiere a la excepción de falta de legitimación activa alegada, debe ser desestimada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 menciona cómo la jurisprudencia rechaza que sea necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa “ad causam” o una legitimación incompleta de la misma naturaleza (SSTS 11-5-00 y 5-12-00). Cualquiera de los comuneros (o en este caso, deudores hipotecarios solidarios) puede comparecer en juicio para ejercitar

Firmado por:
ANA AVILA HIERRRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/InIndex.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

o defender los derechos que afectan a su comunidad *“en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás partícipes sin que les perjudique la adversa o contraria”* (SSTS 18.12.1933, 5.7.1954, 29.12.1967, 24.10.1973, 21.09.1987, 8.02.1994).

En este sentido, la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), en sentencia de 28.11.2017 establece que: *“De la precedente doctrina podemos deducir la legitimación para el ejercicio de las acciones que redunden en beneficio de ambos titulares del préstamo hipotecario, que además, como consta en la escritura, suscribieron el préstamo de autos con carácter solidario y por tanto, conforme al artículo 1302 del Código Civil, cualquiera de los deudores podrá ejercitar la acción que persigue la nulidad de una cláusula del contrato que resulta perjudicial a todos los prestatarios y con el mismo fundamento, la petición los efectos restitutorios que se deriven de dicha declaración de nulidad, conforme se infiere del artículo 1303 del Código Civil.”*

Por ello, al tratarse de deudores solidarios, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1141 del CC, pudiendo individualmente ejercitar la acción de nulidad de pleno derecho de cualquier cláusula del contrato que perjudique a todos, así como sus efectos, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambos.

CUARTO.- Entrando entonces a analizar la primera de las cláusulas cuya nulidad se pretende, la cláusula suelo, el contrato de préstamo hipotecario de 13 de octubre de 2005, establece en su cláusula 3ª Bis apartado 3: **“Límites a la variación del tipo de interés:** *“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250 por ciento, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “periodo de interés”. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince por ciento nominal anual.”*

En el presente caso, no se discute la condición de consumidora de la demandante, resultando claro que el destino del préstamo concertado era la adquisición de su vivienda habitual. Igualmente y a la vista de la prueba practicada en el presente procedimiento, debe concluirse que pese a que la parte demandada sostiene que hubo negociación de la cláusula, la misma debe considerarse una condición general de la contratación impuesta por la entidad bancaria.

Y es que en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudirse al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, conforme al cual *“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*. Igualmente resulta de aplicación la regla general establecida en el art 281.4 de la LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la

norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual *"El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba"*.

Ninguna prueba aporta la entidad para sostener que no nos encontramos ante una condición general de la contratación. Siendo además en este caso de aplicación lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013: *"una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar"*.

Procede entonces analizar si cumple el doble filtro de incorporación y transparencia, haciendo en su caso posible el control de abusividad, tal y como determina la doctrina emanada del Tribunal Supremo en sus Sentencias nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) y nº 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (rec. 1765/2013).

En concreto, el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) examina una cláusula idéntica a la ahora analizada y de la misma entidad bancaria y determina, en lo que se refiere al control de incorporación formal, que *"Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC."*

No obstante, en cuanto al segundo control, el control de transparencia, la referida sentencia establece que: *"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."*

En el presente caso, a la vista de la prueba practicada en el procedimiento, y por los mismos motivos alegados por el Tribunal Supremo, cabe concluir la imposibilidad de considerar acreditado que se supere este segundo control de transparencia.

Por su parte, se alega por la demandada la existencia de transparencia material al amparo de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 171/2017, de 9 de marzo: *"5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene*

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.”

Pues bien, no cumpliéndose documentalmente el control de transparencia, tampoco hay prueba alguna por parte de la entidad bancaria que justifique el haber dado verbalmente a la cliente de un modo claro y comprensible la información suficiente como para que ésta pudiera comprender el alcance de la cláusula de tipo de interés nominal mínimo fijado y de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba y entender las consecuencias que de ella se derivaban. Igualmente tampoco consta que la demandante fuera una cliente cualificada en materia financiera o con conocimientos específicos en prácticas bancarias.

Por su parte, y en relación a la lectura de la escritura por el Notario con carácter inmediatamente anterior a su firma, la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660) establece que no es posible que la entidad bancaria " *descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados* ", pues " *sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación (.), conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica a respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*" .

El hecho de que la cláusula suelo no supere el control de transparencia al no haberse acreditado que se diese al cliente la información suficiente como para que pudiera entender las consecuencias que de ella se derivan, produce, conforme determina el TS en sentencia de 24 de marzo de 2015, un desequilibrio en el consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe, que supone la declaración de abusividad de la cláusula analizada. Así dicha sentencia concluye que: " *La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con " cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.*"

Estimando abusiva la cláusula citada, ello ha de conllevar su nulidad, determinando su inaplicabilidad, subsistiendo el contrato sin aplicación de la citada cláusula abusiva, tal y como deriva del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y preceptos concordantes. Igualmente, y conforme a

lo dispuesto en la STS 139/2015 y TJUE 21 de diciembre de 2016, procederá la restitución íntegra al prestatario de los intereses que hubiese pagado en exceso por aplicación de dicha cláusula. Esta cantidad se verá incrementada en el interés legal del dinero desde el momento de su cobro por la parte demandada, de conformidad con el art. 1303 del CC.

QUINTO.- Se invoca por la parte demandada la existencia de compensación pues afirma que desde el 2012 se produjo el impago del préstamo por parte de los prestatarios. Para acreditarlo, aporta un acta de fijación de saldo deudor plasmada en escritura pública de 20 de agosto de 2013 y por la que se determina el cierre de la cuenta del préstamo en el importe de 107.054,87 euros. No obstante, no incluye prueba alguna a fecha de la interposición de la demanda a los efectos de justificar que la deuda cumple los requisitos del art. 1196 del CC para aplicar la compensación.

Tras requerir a las partes mediante providencia para que informasen sobre si hubo un procedimiento de ejecución hipotecaria y el estado del mismo en la actualidad, la parte demandada aclaró en sus conclusiones que existió un procedimiento de ejecución hipotecaria nº 446/2013, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Tudela donde el 25 de febrero de 2014 se dictó auto desestimando la oposición a la ejecución y resolviendo sobre las cláusulas abusivas del contrato. No obstante, no acredita el estado de dicho procedimiento a día de hoy, debiendo presumirse por las fechas que el mismo se encuentra archivado. Siendo carga de la prueba de la parte demandada acreditar los requisitos de la compensación de créditos y no habiéndolos justificado debidamente, no cabe sino desestimar dicha pretensión, debiendo la demandada abonar a la actora el importe derivado de la indebida aplicación de la cláusula suelo durante la vida del préstamo y que la propia demandada cuantifica en 3.350,46 euros.

Por otro lado, la demandada alegó en su escrito de conclusiones la concurrencia de la excepción de litispendencia del art. 421 de la LEC y solicitó que se dictase auto de sobreseimiento. Debe rechazarse de plano dicha alegación de la demandada por ser totalmente extemporánea, debiendo haber informado de la existencia de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria en el momento de la contestación a la demanda, dejando precluir dicho trámite y no pudiendo hacerlo valer ahora.

Además y pese a que el letrado de la entidad bancaria invoca que en el procedimiento de ejecución ya fueron analizadas las cláusulas cuya nulidad ahora se pretende, lo cierto es que el Auto nº 22/2014, de 25 de febrero que resuelve la oposición a la ejecución hipotecaria, no entra a valorar la validez o abusividad de las cláusulas ahora discutidas al entender que no procede porque ninguna de ellas constituye el fundamento de la ejecución. Por ello, tampoco existiría cosa juzgada ni litispendencia, pues la cuestión no fue resuelta en dicho procedimiento y se presume que el mismo ya ha finalizado.

SEXTO.- En segundo lugar, se discute la validez de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras, que establece: “La

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/INDEX.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3dd4e36dcd94atnVQAA==

reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de veintiún euros (21,00 €) por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la parte prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente”.

Como bien es sabido, la comisión por reclamación de descubierto, comisión por reclamación de posiciones deudoras o comisión de gestión de reclamación de impagados, se encuentran amparadas tanto por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, como por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, reguladora de la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, que parten de la liberalización sobre comisiones o gastos repercutibles, de modo que, en principio, las entidades de crédito están legitimadas para fijarlas libremente. Ahora bien, las mismas normas imponen lo que en el Auto del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2014 se vino a denominar como “límite cualitativo”, consistente en que tales comisiones respondan a “servicios efectivamente prestados o gastos habidos, sin que en ningún caso puedan cargarse comisiones o gastos no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor”.

De este modo, la legitimidad de la comisión por reclamación de impago deriva no solo de su inclusión en un pacto expresamente estipulado, sino de la efectividad del servicio prestado a que correspondan, habiendo configurado el Banco de España su objeto al destacar en las Memorias de los años 2006 y 2007 que estas comisiones responden “al cobro de los costes en que pudo incurrir la entidad al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores del cliente y que desde la óptica de las buenas prácticas su devengo y cargo, solo se puede justificar si se acredita que: 1º) su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación ante el cliente deudor: 2º) es única en la reclamación de un mismo saldo, si bien se considera compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia de la intervención de terceros en la reclamación); 3º) su cuantía ha de ser única y no porcentual; y 4º) su aplicación automática no responde a una buena práctica bancaria, sino que su reclamación debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada impagado y cliente”.

Conviene recordar en este punto que la naturaleza jurídica del instituto de las comisiones bancarias dista notablemente de la del interés de demora, pues no es otra que la de retribuir un servicio efectivamente prestado. De modo que, para poder decretar la nulidad de dicha cláusula, tanto conforme a los términos del art. 3, ap. 1 de la Directiva 93/13, como de conformidad con lo establecido en el art. 87.6 TRLGDCU (“...son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular, (...) la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con daños efectivamente causados”), es necesario: 1º) acreditar que ha existido el

devengo de una comisión, y 2º) que ésta no responde a ningún servicio efectivamente prestado, correspondiendo la prueba de la primera de las realidades al consumidor, y la segunda, a la entidad prestamista.

En el caso de autos, debe reputarse la cláusula como abusiva, pues impone de forma automática una comisión de 21 euros por recibo impagado, sin que se prevea que deba justificarse la existencia efectiva del gasto por reclamación, indicando además la cláusula que *“sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por el incumplimiento”*, produciendo con ello un importante desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Igualmente, debe afirmarse que la cláusula ha sido redactada unilateralmente por la entidad bancaria, no existiendo prueba alguna de negociación individual y siendo por lo tanto una condición general de la contratación. Tampoco se aporta ninguna prueba tendente a acreditar la efectiva existencia de las gestiones de reclamación que supuestamente justificarían la validez de dicha comisión, de modo que no se ha acreditado que la comisión por impago, responda a una efectiva prestación del servicio que teóricamente remunera, sino que dichas comisiones se cobran automáticamente por el sistema informático, independientemente de las circunstancias concretas de cada caso y del coste que suponga para el banco.

Por todo ello, a la vista de la prueba documental obrante en autos, cabe concluir que no ha resultado acreditado que dicha cláusula haya sido pactada por ambas partes, ni que obedezca a un servicio efectivamente prestado, ni que dicho servicio haya sido aceptado expresamente por el cliente. Por todo ello, procede declarar el carácter abusivo y consecuentemente la nulidad de la comisión por impago contenida en la cláusula cuarta, apartado 4 de la escritura, sin que dicha declaración de nulidad lleve aparejada condena a la devolución de cantidad alguna, al no haberse acreditado por la actora el abono de cantidades por dicho concepto.

SÉPTIMO.- Finalmente, la demandante solicita la declaración de nulidad de la cláusula de tipo de interés de demora. Examinada dicha estipulación debe concluirse igualmente de que se trata de una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, a la que resulta de aplicación el TRLGDCU y cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar en base al art. 82 y 85.6 del mismo texto legal, que establece que son abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 364/2016 de 3 de junio de 2016, se remite al auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13) y aclara: el límite introducido por la ley 1/2013 para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda (tres veces el interés legal del dinero, art. 114.3 LH) *“no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas”*, aunque respeten ese límite, si suponen *“una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor”* . Para decidir si es excesivo ha de compararse el tipo pactado con las normas nacionales

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

aplicables en defecto de acuerdo (sin que el límite del 114.3 LH pueda ser la única referencia) y evaluar si ese tipo se hubiera aceptado en una negociación individual.

Para considerar cuándo una indemnización debe considerarse desproporcionadamente alta, en relación a los préstamos hipotecarios, la referida sentencia indica que, partiendo del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advirtiendo la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encuentra razones para separarse del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, que sostiene que: *“En los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado”*. Esta sentencia del TS nº 265/2015, de 22 de abril ha sido avalada posteriormente por la Sentencia Nº C-96/16, C-94/17, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de Agosto de 2018.

En el presente caso, la cláusula cuya validez se discute fija un interés de demora del 18% nominal anual. Por lo tanto, siguiendo la doctrina citada, la cláusula sexta debe reputarse abusiva, pues atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de la concertación del préstamo (en 2005 el interés legal del dinero es del 4,00% y el de demora del 5,00%, conforme a la Ley 2/2004, de 27 de diciembre), un interés de demora del 19% supone la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario en relación con el interés remuneratorio usual lo que, como ya se ha indicado, debe sancionarse con la declaración de nulidad por abusividad. Y ello es así porque tanto si se toma como parámetro de comparación el art. 1.108 CC (que fija la indemnización por mora del deudor en el interés legal a falta de convenio), como si se acude al criterio que establece la STS 265/2015, de 22 de abril (consistente en el interés remuneratorio más dos puntos), como si se acude al criterio del triple del interés legal del dinero, en todos los casos el interés previsto en la cláusula discutida excede de lo que podría considerarse una indemnización normal por retraso en el pago.

La consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses de demora también queda fijada en la STS 265/2015. Declara la sentencia que *“la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.”*

Al igual que ocurre en el caso anterior, no procede condenar a la entidad bancaria a restituir cantidad alguna como consecuencia de la nulidad de esta cláusula, ya que no se ha acreditado que la actora abonase ninguna cantidad en tal concepto.

SÉPTIMO.- Habiéndose producido una íntegra estimación de la demanda, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse las costas del procedimiento a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Laseca Arellano, en nombre y representación de

1.- DECLARO la NULIDAD de la cláusula tercera, 3.bis.3 titulada “*Límites a la variación del tipo de interés*” de la escritura pública de préstamo hipotecario sobre vivienda de 13 de octubre de 2005 suscrita entre las partes ante el Notario D. Antonio Luis Vitoria Blanco, con el número 1235 de su protocolo, en cuanto fija un tipo mínimo de interés del 2,25%;

2.- CONDENO a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, a estar y pasar por dicha declaración, eliminando dicho apartado de la citada cláusula de la escritura, subsistiendo el resto de la escritura en todo lo no afectado por la anterior declaración; y a restituir a la parte actora la cantidad de 3.350,46 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de su abono, rehaciendo el cuadro de amortización del préstamo.

3.- DECLARO la NULIDAD de la cláusula la cláusula cuarta, en su apartado 4.4 de la escritura pública de préstamo hipotecario sobre vivienda de 13 de octubre de 2005 suscrita entre las partes ante el Notario D. Antonio Luis Vitoria Blanco, con el número 1235 de su protocolo, relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas por la que se impone por la entidad una comisión de 21 euros por cada recibo impagado; eliminando el citado apartado de la cláusula de la escritura, teniéndolo por no puesto y CONDENO a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, a estar y pasar por la anterior declaración.

4.- DECLARO la NULIDAD de la cláusula sexta relativa a los intereses de demora de la escritura pública de préstamo hipotecario sobre vivienda de 13 de octubre de 2005 suscrita entre las partes ante el Notario D. Antonio Luis Vitoria Blanco, con el número 1235 de su protocolo, eliminando la citada cláusula de la escritura, teniéndola por no puesta y CONDENO a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, a estar y pasar por la anterior declaración.

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Fecha: 18/12/2019 11:07

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/index.html

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe formular recurso de apelación ante este Juzgado, en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación, de conformidad con los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La admisión de dicho recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANCO SANTANDER nº 2757000004648717 con indicación de “recurso de apelación”, mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

Firmado por:
ANA AVILA HIERRO

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142707-62b521aad4bf480ff10b3d4e36dcd94atnVQAA==

Fecha: 18/12/2019 11:07