

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 DE VALENCIA

N.I.G. [REDACTED]

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - [REDACTED]**

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ALTARRIBA ANDREU, MARIA

Contra: D/ña. BANCO SABADELL SA

Procurador/a Sr/a. DOMINGO MARTINEZ, EVA

### **SENTENCIA 906/2023**

En Valencia, a 8 de noviembre de 2023.

Vistos por mí, D. Javier García-Miguel Aguirre, Magistrado en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia, los autos de Procedimiento de Ordinario, iniciado a instancia de D. [REDACTED] representado por la Procuradora Doña María Altarriba Andreu y asistido por la dirección Letrada de D: Roberto Canelles Pérez; contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por la Procuradora Doña Eva Domingo Martínez y asistida por el Letrado Don Xavier Mezquita Cañameras.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de la parte actora, en la representación indicada, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó, en el sentido que consta en las actuaciones.

**TERCERO.-** Se convocó a las partes a la audiencia previa, se comprobó que subsiste el litigio, por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Por la demandante y demandada se propuso la prueba documental, dando por reproducida la acompañada a sus respectivos escritos. Una vez admitidas las pruebas pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC, quedó el juicio concluso para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Respecto de la posible nulidad de la de reclamación de posiciones deudoras, la parte demandada se opuso a dicha pretensión, postulando su validez.**

A este respecto, debe atenderse a lo señalado en la Sentencia de 22 de diciembre de 2022 de la Sección 9ª de la Audiencia provincial de Valencia, que señala:

*“Delimitado en síntesis el objeto de apelación, debe inicialmente destacarse que la abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras ha sido examinada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 566/2019, de 25 de octubre (ROJ: STS 3315/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3315 ).*

*Los criterios señalados por el Alto Tribunal suponen una confirmación de los que venía ya sosteniendo esta Sección 9ª (v. gr., en Sentencias de esta Sección con nº 82/2014, de 12 de marzo , nº 298/2014, de 28 de octubre , nº 454/2016, de 6 de abril , nº 808/2016, de 18 de julio , nº 238/2017, de 11 de abril , y nº 163/2019, de 12 de febrero , entre otras) y que se han mantenido con posterioridad (v. gr. Sentencias nº 1428/2019, de 8 de noviembre , y, en particular nº 1594/2019, de 3 de diciembre , y nº 105/2020, de 27 de enero , estas dos últimas precisamente relativas a apelaciones de BANCO SANTANDER).*

*(...)*

*Asimismo, han de destacarse los siguientes aspectos:*

- 1. Su carácter automático.*
- 2. No discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota a su vencimiento para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de la comisión.*
- 3. No identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo*

*En conexión con este último aspecto, y como advierte el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia nº 566/2019 , " no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial)".*

*En este punto, además, la Sentencia nº 566/2019 invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:*

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

*"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los*

servicios que aquellos retribuyen".

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

Procede, en consecuencia, apreciar el carácter abusivo de la cláusula con base en los artículos 85.6 , 87.5 y 88.2 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. Ello determina su nulidad (artículo 83 del propio Texto Refundido y artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación ), y la consiguiente desestimación del recurso". El resaltado es nuestro.

Se fija en el préstamo hipotecario de 28 de enero de 2016 " 4ª. Comisiones. El BANCO percibirá, en concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de TREINTA Y NUEVE a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, cada cantidad vencida o reclamada".

En cuanto a su naturaleza, esta cláusula contiene todas las condiciones enumeradas en esta jurisprudencia para ser considerada abusiva. Se aplica de forma automática por el mero retraso en el abono de la cuota hipotecaria, de forma inflexible, con un importe fijo, que se fija a tanto alzado el margen de las gestiones o servicios que efectivamente se puedan llevar a cabo y desconectado del concreto coste sufrido por la entidad por esas gestiones; que tampoco acredita que no formen parte de su labor cotidiana, que ni siquiera son acreditados por la entidad recurrente.

2.- Los argumentos expuestos por la recurrente no desdican la doctrina anterior. Así, no ha presentado ninguna prueba que acredite que al tiempo de la contratación existió negociación con la parte actora. Mucho menos ha acreditado que el consumidor tuviera una posibilidad de modificar o excluir determinadas cláusulas, pues la minuta de la escritura fue redactada por la entidad. Y por último, tampoco ha acreditado que dicho importe responda a una gestión efectivamente llevada a cabo por la entidad que les genere ese gasto en cada ocasión.

Por todo ello, se desestima este motivo del recurso de apelación.”.

Acogiendo dichos razonamientos, plenamente extrapolables a la cláusula controvertida en las presentes actuaciones, procede igualmente declarar la abusividad y consiguiente nulidad de la misma.

**SEGUNDO.- Prescripción de la acción de restitución.** A propósito de esta alegación de la parte demandada, dicha excepción debe ser desestimada, para lo cual cabe traer a colación, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 22/11/2022, recurso 1831/2021, en la que se contienen los siguientes razonamientos:

“En relación con el plazo de prescripción de la acción para lograr la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de una cláusula abusiva, la STS de 20 de enero de 2020 estableció lo siguiente: " Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 Código Civil , al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince

años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtiría efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años:

1º.- Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de la nueva Ley.

2º.- Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de quince años previsto en la redacción original del art. 1964 Código Civil.

3º.- Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 Código Civil, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020

4º.- Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 Código Civil.

Por lo tanto, cuando se celebra el contrato objeto de autos, préstamo hipotecario de 27 de diciembre de 2002, el plazo de prescripción es de 15 años, por aplicación de la DT 5ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC 1/2000.

Determinado el plazo de prescripción, la siguiente cuestión a analizar es la relativa al día inicial de cómputo, y al respecto, el Tribunal Supremo, como consecuencia de diversos pronunciamientos del TJUE, ha descartado que el día inicial del plazo de prescripción de este tipo de acciones sea el día de la celebración del contrato o la fecha en que se hicieron los pagos indebidos, y considera que quedan sólo dos opciones:

a) que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula; y

b) que el día inicial sea la fecha de las sentencias del TS que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019) o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA

Ambos criterios le plantean dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, motivo por el que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 22 de julio de 2021, que se encuentra en trámite con el número C-561/2021. La primera de las opciones considera que puede ser contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas. La segunda de las opciones, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia.

En cualquier caso, el criterio sostenido por esta sección 9 de la AP de Valencia sobre el día inicial del cómputo, desde la sentencia de 1 de febrero de 2018, que atendía a que el plazo de 15 años establecido en el art. 1964 CC, en la redacción anterior a la Ley 42/2015, debía contarse desde la fecha de pago de cada gasto ha sido descartado. Este criterio seguido por la Sala, en su momento, es más restrictivo que el que parece imperará una vez resuelta la cuestión

*prejudicial, dado que las dos opciones planteadas por el Tribunal Supremo parten de que el día inicial del cómputo de la prescripción sea el de la propia sentencia declarativa de la nulidad, o, en su caso, desde la STS de 23 de enero de 2019 o desde las SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, S.A., o de 16 de julio de 2020, Caixabank, S.A., (obviamente, muy posteriores al día de los posibles pagos de las cantidades reclamadas)*

*Atendido a lo expuesto, a pesar del planteamiento de la cuestión prejudicial y las opciones planteadas por el Supremo, así como descartado definitivamente que el día inicial del cómputo sea la fecha de los pagos, las circunstancias concretas del caso nos permiten concluir que la acción de restitución planteada no se encuentra prescrita. Y así, en el caso de autos, la escritura de préstamo hipotecario se suscribió el 27 de diciembre de 2002; las facturas que se aportan con la demanda relativas a los gastos objeto de reclamación (documentos 2 a 5) se encuentran fechadas entre diciembre de 2002 y febrero de 2003; y consta la existencia de una reclamación extrajudicial en noviembre de 2017 (doc. 6 de la demanda).*

*Lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión de que, aún en el caso de que aplicásemos el criterio que ha seguido esta Sala desde el 2018, y mucho menos si nos acogemos a cualquiera de las dos opciones planteadas por el Tribunal Supremo, no podemos apreciar que la acción de restitución haya prescrito y por lo tanto procede la desestimación del recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.”*

**TERCERO.-** La doctrina del " retraso desleal" denominada por los autores germánicos "Verwirkung", y que ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( STS de 21 de enero de 1965 , 21 de mayo de 1982 , 6 de junio de 1992 , 13 de julio de 1995 , 2 de febrero de 1996 y 4 de julio de 1997 , citadas todas ellas en el Auto de dicho Tribunal de 26 de enero de 1999 ), afirma que infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo pensar que no iba a actuarlo, vulnerando las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de transcendencia determinan que dicho ejercicio se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico; o, en otras palabras, el retraso en el ejercicio de la acción implica actitud desleal cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que ya no se va a ejercitar, habiéndose producido acomodación a la actitud resultante de tal conducta pasiva.

En definitiva, esta institución exige, para su prosperabilidad, tres requisitos: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un largo período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado, ninguno de los cuales se da en el caso de autos por cuando el tardío ejercicio de la acción, pero dentro del plazo legal, no es significativo ni revelador de una voluntad del acreedor de abstenerse de demandar ni pudo crear expectativa alguna en la entidad prestamista.

En consecuencia, el presente ejercicio no puede conceptuarse como retraso desleal en los términos pautados por la sentencia del Tribunal Supremo 243/2019, de 24 de abril, cuando declara: " La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990), por lo que el motivo ha de decaer.

**CUARTO.-** Declarada la nulidad de las cláusulas, y descartada su prescripción, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas"

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en SS de fecha 23 de enero de 2019, "No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas."

De igual modo en las indicadas resoluciones el Alto Tribunal ha determinado los criterios para la distribución de los gastos e impuestos de la operación, estableciendo para los aranceles notariales el criterio de: "es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento"; aranceles de registro: "en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista"; gastos de gestoría y gasto de tasación, tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, declarada la nulidad de la cláusula y no existiendo norma nacional que prevea la asignación de dicho gasto, no cabe modular el alcance anulatorio de la mencionada cláusula.

En el presente se reclamó la restitución de las cuantías abonadas por los siguientes conceptos: posiciones deudoras indebidamente abonadas 1232,46 €, que deberá ser restituida. Este importe queda perfectamente acreditado con el documento 2 de la demanda, que es un extracto de cuenta, que no ha sido expresamente impugnado, ni se ha discutido su contenido. Por ello, se considera que hay prueba suficiente de los pagos efectuados como consecuencia de esta cláusula, que ha resultado anulada por esta resolución.

A dicha cantidad se le añadirá el interés legal desde su pago por el consumidor.

**QUINTO.- En materia de costas,** procede su imposición a la parte demandada, en aplicación del artículo 394 LEC.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 96/2023, de 25 de septiembre de 2023, consideró de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al señalar el deber de los Estados de proporcionar medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, preceptos que han sido interpretados por el TJUE, destacando las SSTJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados *CY* y *Caixabank, SA*; y *LG* y *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*; C-224/19 y C-259/19, y de 7 de abril de 2022, asunto *EL, TP* y *Caixabank, SA*.

En estas sentencias se dice que es incompatible con el principio de efectividad de la citada Directiva un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales de un procedimiento en el que se haya estimado la pretensión principal sobre el

carácter abusivo de una cláusula contractual, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la citada directiva, a un control efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, perspectiva que ha sido asumida por la STC 156/2021, de 6 de septiembre.

En la misma igualmente destacó que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las sentencias 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de julio, también ha excluido, de forma específica, que en los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la demanda del consumidor resulte estimada, pueda aplicarse la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho. Porque de aplicarse dicha excepción no se restablecería la situación de hecho y de derecho del consumidor que se habría dado si no hubiera existido dicha cláusula y se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas.

Así, la Sala Primera del TC concluyó que se había vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al imponer parte de las costas al demandante que había obtenido la nulidad de alguna de las cláusulas de un contrato en el que participa un consumidor. En la práctica ello impone que, incluso en caso de estimación parcial o allanamiento, sea la entidad financiera la obligada al pago de las costas.

### **FALLO**

ESTIMAR la demanda interpuesta por D. [REDACTED] frente a BANCO SABADELL, S.A. y, en consecuencia:

- 1) DECLARO NULA la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras (4ª) en la escritura de fecha 4 de noviembre de 2002 y,
- 2) CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de: comisión por reclamación de posiciones deudores 1232,46 €; más intereses legales desde su pago y los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

Con imposición de costas a la parte demandada

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal.

### **INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR**

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de **apelación** contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.