



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5  
GIJON**

SENTENCIA: 00303/2021

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 DE GIJON**

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA, N° 1, PLANTA 3, MÓDULO D - GIJÓN  
Teléfono: 985175531/32 -, Fax: 985175513  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JGR  
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 33024 42 1 2020 0010665

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000686 /2020**

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. PAULA CIMADEVILLA DUARTE

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

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

**SENTENCIA**

En Gijón, a dos de diciembre de dos mil veintiuno.

D. Eduardo González Martín-Montalvo, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Gijón, ha visto los presentes autos de **juicio ordinario**, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º **686/2.020**, sobre nulidad de cláusulas contractuales bancarias, instados por D.ª [REDACTED] representada por la procuradora D.ª Paula Cimadevilla Duarte y defendida por el letrado D. Jorge Álvarez de Linera Prado, frente a "BBVA, S.A", representada por el procurador D. [REDACTED] y bajo la dirección letrada de D.ª [REDACTED], teniendo en consideración los siguientes:



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: EDUARDO JOSE  
GONZALEZ MARTIN-MONTALVO  
02/12/2021 10:20  
Minerva

Firmado por: NIEVES ADELINA  
MARTINEZ ANTUNA  
02/12/2021 15:02  
Minerva



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de noviembre de 2020 fue turnada a este juzgado demanda de juicio ordinario que fue admitida a trámite por decreto.

**SEGUNDO.-** Una vez dado traslado a la demandada, ésta no presentó contestación, personándose una vez precluido el trámite. Se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 1 de diciembre del presente año, con el resultado recogido en la grabación, y al no proponer prueba presencial las partes y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se declararon los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.-** Se ha respetado y concluido la tramitación ordinaria prevista en la Ley.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ejercita la demandante en el presente juicio acción por la que interesa la declaración de nulidad parcial del contrato de cuenta corriente celebrado con la demandada en lo relativo a las condiciones particulares reguladoras de la denominada comisión de gestión de posición deudora, de 30 € por cada posición.

Ello con base a lo prevenido en los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley para la Protección de los Consumidores y Usuarios en relación con el 6, 1.274 y 1.275 del CC y normativa administrativa de referencia.

**SEGUNDO.-** Centrándonos en la cuestión de fondo, relativa a la concurrencia de los requisitos para apreciar la nulidad por abusiva de la cláusula reguladora de la comisión por reclamación de





posiciones deudoras (30 € por cada posición), hemos de destacar como la única base probatoria pasa por el documento de extracto bancario aportado por la parte actora con el escrito rector de su demanda.

Ello, para advertir que la falta de prueba sobre la información facilitada de cara a la superación del control de transparencia corresponde a la demandada ex artículos 217 de la LEC; no siendo discutida aquí la condición de la actora de consumidora conforme a lo prevenido en el artículo artículo 3 del Texto Refundido de la Ley para la Protección de los Consumidores y Usuarios".

En efecto, declara de manera pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, entre otras, SSTs nº 241/2013, de 9 de mayo) , y nº 222/2015, de 15 de abril ), y dispone el último inciso del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE que "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

A estos efectos, el art. 59.3 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) dispone que los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2014, "el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 ) , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TRLGDCU queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las





consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)".

Más en concreto, respecto a la comisión por posiciones deudoras, tiene declarado la jurisprudencia menor de la que es muestra la sentencia de la sección 6ª de nuestra AP de 10 de febrero de 2017 o la de la Sección 4.ª de 17 de octubre de 2018 que, caso de dudosa calificación de la reclamación del descubierto como un servicio que se presta al cliente, corresponde a la entidad demostrar la efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar, porque en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", de forma que gravita sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos gastos habidos, con indicación concreta de su concepto, cuantía y fecha, sin que a estos efectos valga alusión genérica o pacto alguno de inversión de la citada prueba pues sería una condición general de la contratación manifiestamente ilícita, por vulneración del ya citado [artículo 1256 del Código Civil](#); por consiguiente, de no acreditar la entidad financiera la existencia del servicio efectivamente prestado o la realidad del gasto, el pago de la comisión realizado por el cliente carecería de causa.

Ya en el concepto mismo de posición deudora en que parece se reclaman los diversos importes, según los exhaustivos términos del antedicho informe, resulta preciso partir de la reglamentación bancaria citada.

- La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:





3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

Lo anterior, en relación con las exigencias de transparencia e información impuestas por la orden de 28 de octubre de 2011 y la circular de 27 de junio de 2012 del Banco de España.

Se trata, en definitiva, de cláusulas abusivas por cuanto operan de modo automático sin necesidad de demostrar que para las impuestas comisiones se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo.

Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca a la parte prestataria en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En similares términos, respecto a la comisión por descubierto, se viene pronunciado la doctrina y nuestro propio órgano de apelación afirmando "procede que el Tribunal decida sobre la legitimidad de la comisión por descubierto; y al respecto la posición de este Tribunal ha sido reiteradamente contraria a esa declaración desde su auto de 14-11-2.014 , manifestándose en ese sentido en su sentencia de fecha 31-7-2017 que resuelve el referido rollo 297/17 (cercano al caso como ya advertimos) y que dice así: "Sentado lo anterior, sobre el tema de la comisión en descubierto se pronunció esta Sala en la sentencia 17 de julio de 2.015 , en la que declaró: "Además se observa en el clausulado que se establece comisión por descubierto, comisión por mantenimiento y comisión por administración, comisiones que se superponen, y debe concluirse, como se hiciera en el auto de esta Sala citado (14-XI-2.014 ), que en tanto





las comisiones citadas no se perciben como correspondientes a servicios o gastos reales y efectivos y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del servicio) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad. Y así, en el presente caso se fija la cláusula de comisión por descubierto en un 4,3% sobre el mayor saldo contable deudor del período liquidado, habiendo señalado la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 2.000 : "Ahora bien, lo que no parece ya adecuado al equilibrio contractual es el hecho de que además de tal referido interés, ciertamente elevado, se haya estipulado una comisión del 20 % y además sobre el mayor saldo deudor del período liquidado, cláusula ésta que, como se afirma por un sector doctrinal, resulta perjudicial para el cliente porque en vez de hacer una media ponderada del descubierto durante el período de liquidación, toma en consideración tan sólo el mayor saldo del mismo existente en tal período; por otra parte, y aunque bien es verdad que no se trata de un consumidor, no podemos por menos que considerar a efectos interpretativos el contenido de la Directiva 13/1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos, aludiendo como tales a las que causan un desequilibrio importante entre las prestaciones, en particular, en los contratos de adhesión, estableciendo dicha Directiva un anexo conteniendo una lista de "numerus apertus" indicativa de cláusulas que pueden considerarse abusivas, citando entre ellas las que imponen a quien no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada.

Así las cosas, y con independencia de lo pactado, ha de considerarse abusiva y, por tanto, excluirse, la cláusula atinente a las comisiones por descubierto, y por tanto, las mismas no han de tenerse en cuenta en la liquidación."

En análogo sentido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2.014 (sec. 19<sup>a</sup>) se declaró: "No es posible la diversidad de





remuneración para un mismo concepto, pues ante la existencia de un descubierto en cuenta corriente no es factible, por un lado, percibir los intereses moratorios, y, por otro, repercutir una comisión propiamente injustificada, como vienen a deducirse de la propia contestación a la demanda cuando se expresa - ya nos ocupamos de este extremo- que aquella comisión derivada del "especial análisis que debe realizar la entidad para permitir o no dicho crédito excepcional y el especial seguimiento que implica para que tal situación indeseable se regularice a la mayor brevedad posible, dado que en esta situación existe un riesgo superior al que se produce en contratos instrumentalizados en la póliza correspondiente".

El contrato de cuenta corriente lo es de adhesión, y en este sentido deberán tenerse en cuenta las conclusiones jurisprudenciales en relación con el desequilibrio en que se encuentran las partes, imponiéndose a la entidad bancaria un deber de información, al tiempo que las cláusulas oscuras nunca podrán favorecer al que generó la oscuridad, como recoge el artículo 1288 del código civil y la exigibilidad tan sólo de los intereses moratorios, que no de la reduplicada comisión en descubierto, pues en otro caso se vendría a producir una transferencia patrimonial sin causa, con manifiesta infracción de los artículos 1.274 y siguientes del código civil, pues si por un mismo descubierto exigimos los intereses moratorios y una comisión, se está reiterando la prestación del servicio que no se ha prestado doblemente, y por tanto, cobrados los intereses moratorios no podrá repercutirse la comisión, como claramente se infiere, según hemos subrayado, de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 septiembre, que como ya dijimos, se derogó por Circular 5/2012, de 27 junio; criterios, estos últimos, los de la Circular 2012, que no pueden aplicarse, obviamente, con carácter retroactivo".





Y sobre esa base, al realizar el cargo de una comisión que no consta responda a ningún tipo de gestión o gasto por la reclamación de esas posiciones deudoras, el hecho de que esté pactada a favor de la entidad financiera, la misma no se devenga a su favor por el mero hecho de existir esa deuda o posición deudora, sino por el hecho de hacer o llevar a cabo gestiones de reclamación de deuda, que no se corresponden por el mero hecho de remitir el extracto al cliente, ni que le haya reportado un gasto adicional, además de en todo caso desproporcionada, habida cuenta los intereses deudores pactados. No se justifica por el banco demandado el concreto coste en que se incurrió, que retribuye concretamente esta comisión, lo que no se colma con un listado de supuestas llamadas o envíos que no consta ni figura que hubiesen llegado a su destinatario ni el coste concreto de cada uno de ellos.

Es más, se fija el cobro de una cantidad por cada reclamación de posición deudora, sin que se haga referencia al coste real y efectivo que supone la reclamación a la entidad, lo que transforma la cláusula en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente, sin perjuicio de los intereses de demora que también habrá de abonar.

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste, por lo que debiendo ser realmente un coste para la entidad, y no una comisión como es efectivamente, ello no justifica su imposición de forma automática, pues de ser un coste y no una comisión, como tal coste/gasto justificaría que variara su importe y no es así en este caso.

En consecuencia, el cobro del importe de la comisión por el indicado concepto, por más que fuere conforme con las tarifas de la entidad bancaria, no





es ajustado a derecho y supone un desequilibrio contractual de la posición del adherente, y modifica subrepticamente el contenido que se haya podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato suscrito.

En igual sentido la sentencia de la AP de Álava de 30 de diciembre de 2.016 declara: "Las razones hasta aquí expuestas no resultan una extravagancia. Han sido acogidas en ejercicio de acciones individuales por otros tribunales, y además, desde antaño. Podemos citar así la SAP Salamanca, Secc. 1ª, de 9 de febrero de 2009 (JUR 2009, 191589), rec. 531/2008 , que dijo que "... repercutir, además de un tipo de interés, una comisión de exceso o descubierto carece de justificación legal y supone un doble cobro generador de enriquecimiento injusto", lo que reitera en SAP Salamanca, Secc. 1ª, de 8 de marzo(sic) de 2010 (JUR 2010, 147695), rec. 57/2010. La SAP Jaén, Secc. 1ª, de 3 de mayo de 2010 (JUR 2010, 372323), rec. 147/2010 mantiene que "cuando las entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito les cobran como contraprestación a ello un alto tipo de interés, por lo que con los mismos, además de remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al banco por la especial situación que se crea por el descubierto, pues han de realizarse mayores apuntes, se corre mayor riesgo, es decir existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto, por lo que admitirse la postura de la parte recurrente, se produciría una doble remuneración, para un mismo servicio".

Otros precedentes ejercitando acciones individuales son la SAP Sevilla, Secc. 8ª, de 10 de mayo (sic) de 2011 (JUR 2011, 87331), rec. 265/2.011 , que mantiene que "la cuantía cobrada por comisiones no responde a los servicios que genéricamente y sin prueba alguna, dice haber prestado el banco a la recurrente en el descubierto". O la SAP Tarragona, Secc. 1ª, de 3 de septiembre de 2012 (AC 2012, 1709), rec. 206/2012 ,





que anula una cláusula semejante. Finalmente también se recoge una posición semejante en las SAP Gipuzkoa, Secc. 2<sup>a</sup>, de 16 de marzo de 2.015 (JUR 2015, 120305), rec. 2052/2015 , de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015, 122060), rec. 2075/2015, y 22 de mayo de 2015 (JUR 2015, 175752), rec. 2141/2015, "carácter extraordinariamente desproporcionado de la comisión".

Entre los pronunciamientos ejercitando acciones individuales, la SAP Málaga, Secc. 4<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2014 (AC 2014, 1685), rec. 908/2.012 , mantiene que "la exigibilidad de la mencionada comisión no se justifica como contraprestación de ningún servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria más allá del contenido propio del contrato de descuento, ya remunerado".

Tal es el caso de autos según resulta del propio documento contractual, poniendo en relación la cláusula particular con la general, por lo que se accede a la declaración de nulidad que se interesa con la consiguiente condena ex artículo 1303 del CC.

Esta misma es la solución adoptada recientemente por la jurisprudencia en relación a estas mismas cláusulas en SAP Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2019 o SAP Asturias, Sección 7.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2019, cuyos argumentos se acogen y asumen en su integridad.

Y más recientemente con la SAP Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2020 podemos recordar: *"El Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión en los mismos términos como venían haciendo todas las secciones de esta Audiencia Provincial. Así en su sentencia 566/19 de 25 de octubre señala que, conforme la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los*





*servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos y la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Y bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.*

*Recuerda la citada sentencia que según la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009 del Banco de España, la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.*

*En este caso, como en el considerado en la reseñada sentencia, la comisión se contempla en el contrato de forma automática, sin discriminar período de mora. Y además, al guardar completo silencio sobre el particular la contestación de la demanda, no se precisa el tipo de gestión que la prestamista va a llevar a cabo, por lo que no cabe deducir su contenido, recordando al respecto que la STJUE de 3 de octubre de 2019 en el asunto C-621/17, Gyula Kiss*





exige que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

Añade la SAP Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2020: *“Su naturaleza abusiva deriva del carácter adhesivo de la cláusula impuesta a todo cliente que quiera contratar con ellos y en la que de forma predeterminada se fija una cuantía fija sin subordinarla a la efectiva prestación del servicio en beneficio del cliente. Como dice la sección sexta de esta Audiencia Provincial, las reclamaciones de posiciones deudoras no implican ningún servicio para el consumidor, antes bien encubre una auténtica cláusula penal cumulativa a los intereses moratorios, obviando que estos ya remuneran el perjuicio causado por el incumplimiento del consumidor. El imponer esa comisión supone una indemnización claramente desproporcionada al perjuicio causado, artículo 85.6 del TRLGDC y U.”*

Por todo lo anterior, procede la íntegra estimación de la demanda, debiendo la entidad bancaria demandada, consecuencia de la declaración de nulidad de la estipulación antedicha, restituir a la actora la totalidad de las cantidades cobradas en aplicación de la mencionada cláusula desde el comienzo de la vigencia del contrato, más sus intereses legales desde cada cobro indebido, lo que deberá determinarse en la fase de ejecución de sentencia, toda vez que es unánime y conocida la jurisprudencia que legitima diferir la concreción de las cantidades para ejecución de sentencia. Sentadas las bases como aquí se hace, la consecuencia de la nulidad es obligada, aun cuando no se hubiese solicitado, y la concreción de la cantidad resultante es una operación sencilla que no contraviene la prohibición de iliquidez de las sentencias.

**TERCERO.-** De acuerdo con el principio del vencimiento objetivo, ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento





Civil, procede imponer las costas procesales a la demandada al ser rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda formulada por D. <sup>a</sup> [REDACTED] representada por la procuradora D. <sup>a</sup> Paula Cimadevilla Duarte, frente a "BBVA, S.A", representada por el procurador D. [REDACTED], y, en su virtud, declaro la nulidad de la cláusula contractual descrita en el ordinal de hecho cuarto de la demanda (comisión de gestión de posición deudora, de 30 €) en relación con el contrato de préstamo 0182 0601 0083 00000000008161 suscrito entre las partes; con condena a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma, más sus intereses legales, a determinar en ejecución de sentencia previa aportación por la demandada del cuadro de todos los movimientos del préstamo.

Las costas se imponen a la parte demandada.



Dedúzcase testimonio de la presente resolución definitiva, que será notificada a las partes, llévase



testimonio a las actuaciones e incorpórese ésta al Libro que al efecto se custodia en este Juzgado.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de apelación** ante este Juzgado en el **plazo de 20 días** a contar desde el siguiente al de la notificación de la presente y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

**Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.**

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado que la ha dictado, estando celebrando Audiencia pública el mismo día de su fecha.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

