

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1  
MURCIA**

SENTENCIA: 00315/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000727 /2022**

**Juzgado de procedencia:** JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 6 de MOLINA DE SEGURA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000725 /2020

Recurrente: CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C.

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado: DANIEL GONZALEZ NAVARRO

**SENTENCIA Nº 315/22**

**ILMOS. SRES.**

**D.**

**Presidente**

**D<sup>a</sup>**

**D.**

**Magistrados**

En la ciudad de Murcia a diez de octubre del año dos mil veintidós.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia los autos de juicio ordinario núm. 725/2020, que en primera instancia se han seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Molina de Segura, entre las partes, como actora, y en esta alzada apelada, Doña \_\_\_\_\_, representada por la procuradora Sra. \_\_\_\_\_, y defendida por el letrado Sr. González Navarro, y como demandada, y en esta alzada apelante, Cajamar, Caja Rural, SCC, representada por el procurador Sr. \_\_\_\_\_, y defendida por el letrado Sr. \_\_\_\_\_, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. \_\_\_\_\_, que expresa la convicción del tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-El Juzgado de instancia citado, con fecha 24 del mes de septiembre del año 2021, dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_ frente a CAJAMAR CAJA RURAL, SCC, declarando nulas las cláusulas de comisión por impago y por descubierto incluidas en los contratos suscritos con la entidad demandada, obligando a ésta a la restitución a la demandante de las cantidades que ésta haya sufragado por dichas cláusulas, más los intereses y costas que se hayan devengado desde la fecha de interposición de la demanda."

**SEGUNDO.**-Que contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, siéndole admitido, y tras los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se remitieron los autos a esta Audiencia, formándose el presente Rollo por la Sección Primera con el núm727/22.,

designándose Magistrado Ponente por turno y señalándose deliberación y votación para el día diez de octubre del año dos mil veintidós.

**TERCERO.**-Se considera que en la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-Alega la parte apelante, en primer lugar, que la demandante no tiene la condición de consumidora, y que las comisiones cobradas se refieren a otras operaciones y no a los contratos que se aportan como documentos números uno y dos, oponiendo también la validez de la comisión por reclamaciones de posiciones deudoras para compensar los gastos de preparación de las reclamaciones de las posiciones deudoras, invocando la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 8/90 del Banco de España. En cuanto a la comisión por descubierto o saldo excedido se defiende que en base a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 del mes de marzo del año 2020 la misma es válida cuando se corresponda con un servicio efectivamente prestado y los gastos se hayan producido efectivamente, concluyendo su validez por ser tratarse de un crédito por exceso, precisando que al referirse las comisiones a una multiplicidad de contratos, el devengo del interés por saldo excedido se plantea como un elemento ajeno a tales comisiones y cuya devolución no se pide con la demanda en cualquier caso. Se dice que se aportan escrituras y pólizas como documentos 13 a 16 de las diferentes operaciones suscritas y de las que derivan las comisiones. En concreto el documento 15 se trata de un contrato suscrito en el marco de la actividad profesional de la actora al ser para autónomo y para la adquisición de una furgoneta, y el 16 también es por su condición de autónoma y empresaria física, reiterando que la mayoría de las

comisiones reclamadas se corresponden a contratos ajenos a los que son objeto del presente pleito.

**SEGUNDO.**-Han de ser desestimadas las alegaciones de la apelante en base a los acertados razonamientos contenidos en la sentencia dictada en la instancia, debiendo razonar en cuanto a su negación del carácter de consumidora de la parte demandada, que la misma en el acto de la vista fue clara al afirmar el destino económico de los contratos que se aportan y que constituye la base esencial de su reclamación, no siendo otro que el de reformar su vivienda que había comprado y que se encontraba en mal estado, lo cual en ningún caso permite considerar que fueron destinados a una actividad comercial, añadiendo que a la hora de firmar los contratos en cuestión trabajaba como limpiadora, desarrollando luego otros trabajos por cuenta ajena hasta que compró un quiosco para vender prensa, debiendo significar, por otro lado, que el concepto de consumidor ha ido evolucionando a través de la jurisprudencia, incluso aplicándose a quien en principio es empresario, tal y como se recoge la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 del mes de noviembre del año 2017, objetivándose el concepto de consumidor al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en la condición subjetiva del contratante, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993 relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, bastando con que el contrato no se encuentre vinculado a la actividad profesional de la parte, y en el caso que nos ocupa ni tan siquiera se acredita que nos encontremos ante un empresario a pesar de que se efectuara algún contrato como autónomo, según defiende la parte apelante, pues los documentos números 1 y 2 en que se basa esencialmente la demanda, son dos contratos de cuenta corriente, y si bien ambos son una novación, presumimos que de otro u otros anteriores, nada impide considerar que en origen se reflejaran las

mismas condiciones particulares, donde se contienen las comisiones reclamadas por posiciones deudoras y comisiones por descubierto tácito, que en definitiva son sobre las que se pide la nulidad por considerarlas abusivas, y así se denomina en las condiciones particulares, precisándose en las condiciones generales en el punto número cinco, de forma más extensa, que se trata de comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, descubierto excedido, en referencia a la primera, y como comisión de descubierto tácito en referencia a la segunda, no existiendo duda de que tales cláusulas se encuentran pactadas en los citados contratos, y en cualquier caso los extractos de movimiento son los que evidencian los cargos producidos por dichos conceptos y vienen referidos a las citadas cuentas, en concreto el documento número tres se refiere a la ... , y el documento número cuatro se refiere a la ... , sin que consideremos acreditado que, cuando menos, se efectuara comunicación alguna para de manera unilateral cambiar la entidad bancaria la finalidad de la cuenta a "no consumo", y si bien la parte insiste en que lo reclamado responde a otros contratos distintos de los aportados y de hecho se refieren algunos de ellos y se aportan, la realidad es que lo pretendido es la declaración de nulidad de tales cláusulas que se evidencian con el reflejo de los conceptos adeudados en los extractos de movimientos traídos por la parte actora y correspondientes a las cuentas a que aluden los contratos aportados por la misma, apoyando y evidenciando lo anteriormente expuesto la reclamación que se efectúa, no exponiéndose en los documentos traídos por la demandada una contratación de comisiones, lo cual por sí mismo impide fundamentar la alegación de la misma en el sentido de que alguna de esas comisiones reclamadas se referían a estos otros contratos, aparte de que de existir algún tipo de contratación en dicho sentido tampoco se determina los términos en que se hace o que lo fuera en sentido diferente a los contratos aportados cuya nulidad se declara, que aunque sean novación de otros, la facilidad probatoria de

traer los originales se encontraba en la entidad bancaria y no lo ha hecho, infiriendo a partir de ello que en ningún caso diferirían de los mismo en los concretos extremos que son objeto de controversia, y esto es lo que determina el que en la sentencia dictada en la instancia en el fallo se recoja la obligación de restituir las cantidades sufragadas por dichas cláusulas, haciéndose también referencia a que estuvieron incluidas en los contratos suscritos con la entidad demandada, basándose genéricamente en los asientos realizados y reflejados en los extractos de movimientos aportados.

En cuanto a la cláusula sobre posiciones deudoras, comisión por reclamación de cuotas impagadas o comisión por reclamación de impago, ha de ser declarada nula, pues tal y como se recoge en la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Audiencia en fecha 25 del mes de noviembre del año 2021, la nulidad de dicha cláusula, en el ámbito de los consumidores en que nos encontramos, en los términos contratado no reúne lo exigido por la normativa bancaria en cuanto que sumaría a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, planteándose este tipo de comisiones como una reclamación automática y no precisa de gestiones a realizar para su cobro, y en el supuesto concreto, al fijarse sin más una cantidad, establecida en los documentos aportados con los números 1 y 2 junto con el escrito de demanda en 45 euros, se está fijando de manera indiscriminada la mora, bastando la ineffectividad del pago de la cuota correspondiente en la fecha pactada para su devengo además de los intereses moratorios, debiendo precisar que su devengo necesita de algún tipo de actividad que la justifique, no bastando la simple remisión de una carta periódica generada por ordenador avisándole de que no se encuentra al corriente en el pago. Es de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 del mes de octubre del año 2019 refiere que la comisión de reclamación de posiciones deudoras exige como

requisito, además del hecho de que se encuentre vinculada a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, el que no se reitere en la reclamación de los mismos otros pagos por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, y su cuantía debe ser única, no admitiéndose tarifa porcentual, y, lo que es más importante, que no se aplique de manera automática. Son también de traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 del mes de mayo del año 2020; de 14 de mayo de ese mismo año y 24 del mes de septiembre de ese mismo año. Debiendo añadir a lo razonado anteriormente, que nos encontramos ante una cláusula de naturaleza accesorio que en modo alguno forma parte del precio, que se pretende percibir por reclamar cuotas del préstamo impagadas, estando sujetas a control de contenido y, como toda comisión, debe responder a un servicio solicitado o gasto habido para su validez, debiendo reiterar que a tenor de los términos pactados por las partes en el caso concreto que nos ocupa, su devengo aparece de forma automática, lo cual por sí mismo, al no prever el que se efectúe alguna actividad previa que la justifique, deviene nula, aparte de que su genérica contratación sin establecer precisión alguna, en ningún caso viene a aclarar si su devengo es simultáneo al de los intereses de demora o ambos devengos son excluyentes. Por último, se ha de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 del mes de octubre del año 2019, invocada en el escrito de demanda, viene a tratar la comisión por reclamación de posiciones deudoras, fijando cuáles son los requisitos para su validez.

En cuanto a la comisión por descubierto tácito, tal y como se refleja en las condiciones particulares, definida en el punto cinco de las condiciones generales como aplicable al mayor saldo contable deudor que la cuenta haya tenido en cada periodo de liquidación, con el mínimo establecido en las condiciones particulares del contrato, se ha de señalar

que lo denunciado por la parte actora en su escrito de demanda para apoyar su nulidad por abusiva es la duplicidad en la remuneración por una misma situación de hecho, pues basándose en los movimientos de las cuentas corrientes y de crédito, aportados como documentos números 3 y 4, se afirma que se han estado cobrando desde el inicio de los contrato y de manera simultánea las comisiones citadas y unos intereses por descubierto en cuenta o intereses por excedido, aplicando un tipo porcentual sobre la mayor cuantía del descubierto de la cuenta en un periodo de liquidación mensual, efectuándose dos cargos bajo distintos conceptos, uno por la comisión y otro por unos intereses por descubierto en cuenta o intereses excedidos, y efectivamente así se comprueba del examen de las citadas pruebas documentales, reflejadas con pantallazos en el propio escrito de demanda, desprendiéndose de ello que cuando en las condiciones particulares se habla de comisión por descubierto tácito, se da a entender que es un único concepto, un 4% sobre el mayor saldo contable deudor que la cuenta haya tenido en cada periodo de liquidación, con un mínimo de 12 euros, y de hecho se aplican también unos intereses excedidos, sin que se acredite por la demandada que se tratan de conceptos que obedecen a objetos distintos, y si bien la parte apelante invoca respecto de las comisiones por descubierto que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 marzo del año 2020 ha resuelto esta cuestión determinando que es el propio descubierto, como disposición de un crédito, el servicio efectivamente prestado que genera un gasto repercutible, se ha de señalar que aquí lo que se demanda es una duplicidad de cobro por distintos conceptos pero referidos a un mismo objeto, debiendo señalar que efectivamente la citada sentencia del Tribunal Supremo recoge que la comisión por descubierto tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito, constituyendo, por el importe del exceso sobre el saldo disponible, una facilidad crediticia concedida voluntariamente por el banco, lo que da

lugar al nacimiento de la obligación de restitución y del pago de la correspondiente contraprestación en forma generalmente de comisión, pero ello ha de ser distinguido de los intereses de demora, los cuales tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, de modo que, añade la citada sentencia, las cantidades que se concreten en la concesión de nuevo crédito en que consiste el descubierto tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su retribución mediante liquidación periódica de comisiones de descubierto, el devengo de intereses moratorios, pues tales cantidades de sobregiro o excedidas del saldo disponible, voluntariamente cargadas en cuenta por el acreedor, constituyen un nuevo crédito, sujeto a la regulación contractual aplicable, estableciéndose, a continuación, la imposibilidad legal de duplicidad o solapamiento de gravamen de unas mismas cantidad y por un mismo periodo de tiempo mediante la aplicación o devengo simultáneo de intereses de demora y de comisión por descubierto, respondiendo a un criterio general que proscribe sujetar un mismo servicio a un doble gravamen retributivo, redundante por carecer de una correlativa doble contraprestación, y precisamente en el supuesto que nos ocupa lo que se denuncia es que se ha producido esa doble contraprestación, lo cual determina el que se declare nula por abusiva dicha cláusula. Es también de citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 del mes de julio del año 2020, invocada por la apelada, con referencia al artículo 20 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

Alega, asimismo, la apelante que la parte actora va contra sus propios actos en cuanto que reclama comisiones que abonó hace varios años, invocando la sentencia dictada por esta sala de nueve del mes de diciembre del año 2020, si bien en el supuesto que nos ocupa no estamos conociendo sobre una reclamación por cobro indebido de las

comisiones, sino que nos encontramos ante un consumidor y lo invocado es precisamente la nulidad de las cláusulas donde se regulan las mismas por considerarlas abusivas, y una vez declarada está nulidad o determinado que son nulas por abusiva, no cabe considerar la existencia de actos propios o retraso desleal.

**TERCERO.**-Así pues, de acuerdo con lo expuesto y lo razonado en la resolución recurrida, procede confirmar la misma, imponiendo la parte apelante las costas procesales de esta alzada (artículo 398 de la LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Cajamar, Caja Rural, SCC, a través de su representación procesal, contra la sentencia dictada en fecha 24 del mes de septiembre del año 2021, en el juicio ordinario seguido con el núm. 725/20 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Molina de Segura, debemos CONFIRMAR la misma, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas procesales de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará por quien corresponda el destino pertinente.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se extenderán los oportunos testimonios, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.