



**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
MIERES**

SENTENCIA: 00093/2021

EDIFICIO JUZGADOS, PLANTA 1ª, C/ JARDINES DEL AYUNTAMIENTO, S/N. MIERES
Teléfono: 985 46 49 87, Fax: 985 45 26 22
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MDG
Modelo: N04390

N.I.G.: 33037 41 1 2021 0000076

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000029 /2021

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 DE SANTANDER S.A.
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 93/2021

En Mieres, a once de mayo de dos mil veintiuno.

Dª María Delgado García, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Mieres y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario 29/2021, promovidos por la procuradora de los Tribunales Dª Paula Cimadevilla Duarte, en nombre y representación de D. [REDACTED], asistido por el letrado D. Jorge Álvarez de Linera Prado contra Banco de Santander, S.A., representada por el procurador de los Tribunales D. [REDACTED] Quintana y asistida por el letrado D. [REDACTED], recayendo la presente resolución sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. [REDACTED] se interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander, S.A. interesando la declaración de abusividad y en consecuencia, de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de reclamación por posiciones deudoras e interés de descubierto así como la condena de la demandada a la devolución de las cantidades que hayan sido abonadas por la actora en tales conceptos, más los intereses legales, con expresa imposición de costas.



Firmado por: MARIA JOSE DELGADO
GARCIA
12/05/2021 11:10
Minerva

SEGUNDO.- La citada demanda fue admitida mediante decreto, el cual acordó sustanciar la misma por los trámites del juicio ordinario.

La parte demandada ha presentado escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- El 11 de mayo de 2021 se celebró la audiencia previa con la asistencia de ambas partes y se aportó únicamente prueba documental, quedando los autos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la parte demandante interesa la declaración de abusividad y en consecuencia, de nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras e interés de descubierto así como la condena de la demandada a la devolución de las cantidades que hayan sido abonadas por el actor en tal concepto, más los intereses legales, con expresa imposición de costas.

Con carácter previo, la parte demandada impugna la cuantía del procedimiento, entendiendo que ésta no es indeterminada y propone la de 1.646,48 euros, alegando la inadecuación de procedimiento.

Según el artículo 251.8^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *“en los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos.”*

El artículo 253.3 del mismo texto legal añade:

“Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario.”

En este caso, en la reclamación extrajudicial remitida por la demandante a la demandada se solicitaba la aportación de la documentación relativa al contrato y a las liquidaciones desde la contratación. En la respuesta de la entidad demandada de 9



de septiembre de 2020 se alega que no existe en la normativa de disciplina bancaria disposición alguna que obligue a las entidades de crédito a facilitar a los clientes cuanta información solicitan en todo momento y se informa del cobro de una comisión por la emisión de información y duplicados de documentos.

No puede obviarse la literalidad del citado artículo 235.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que califica como de cuantía indeterminada aquel supuesto en que incluso existiendo regla de cálculo aplicable, no se pueda determinar aquélla al momento de interponer la demanda, siendo el momento a tener en cuenta el de la interposición de la demanda y no uno posterior como el de la contestación a la misma. Por ello, evidenciada la imposibilidad de determinar la cuantía del procedimiento en el momento de interposición de la demanda, por falta de la documentación necesaria para ello, en la audiencia previa se procedió a desestimar la impugnación formulada por la demandada, quien interpuso recurso de reposición que fue a su vez desestimado, habiendo formulado la parte demandada protesta a los efectos de la segunda instancia.

Debe añadirse además que según el artículo 255.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *"el demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación."* En el presente supuesto, la entidad demandada no impugna el tipo de procedimiento por lo que en consecuencia, no puede impugnar la cuantía de la demanda.

SEGUNDO.- Una vez desestimada la impugnación de la cuantía del procedimiento, procede entrar a resolver sobre el fondo del asunto. No es un hecho controvertido la suscripción por las partes del contrato de préstamo el cual fija una comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas de hasta 30,05 euros así como un interés de impagados/demora de 20,50% con una T.A.E. del 7,93%.

No es un hecho controvertido que se trata de un contrato de adhesión cuyas cláusulas fueron predispuestas de manera anticipada por la entidad e impuestas en su integridad, redactado para la contratación en masa, es decir, para vincular a un número indeterminado de personas que simplemente pueden aceptar o rechazar la oferta realizada por la otra parte contratante, sin maniobra de negociación.





El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación considera condiciones generales de la contratación "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."

Los artículos 7 y 8 del citado texto legal disponen:

"Artículo 7 No incorporación. No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Artículo 8 Nulidad. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios."

Los preceptos anteriores deben complementarse con lo dispuesto en el artículo 80 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 establece como requisitos en los contratos con consumidores y usuarios para las cláusulas no negociadas individualmente los siguientes:

"a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.



b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas."

El citado cuerpo legal fija en su artículo 82 el concepto de cláusulas abusivas, siendo "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato."

La Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 28 de julio de 2017, entre otras, resolvió un supuesto relativo a la citada cláusula:

[...] "Pues bien, respecto al tema de la Comisión por reclamaciones deudoras ciertamente esta Sala en la sentencia de 17 de julio de 2.015 ha declarado: "Alega la parte apelante que la actora no acreditó haber realizado gestión alguna para el cobro de algún descubierto, aportando en la audiencia previa como documento núm. 3 unas impresiones del terminal informático de la entidad financiera, que el demandado ha negado haber recibido. Sobre este extremo se manifiesta por la parte apelada que es cierto que ella no puede acreditar documentalmente la recepción de dichas cartas, pero que resulta cuando menos extraño hacer creer que el demandado mantuviese durante años una cuenta bancaria y dos contratos de tarjeta sin recibir comunicación alguna de la entidad bancaria. Sobre este motivo de recurso ha de señalarse que como se declaró en el auto de esta Sala de 14 de noviembre de 2.014, respecto a las reclamaciones de posiciones deudoras que: "Tanto la Orden Ministerial 12-12-1.989 sobre tipos de interés y comisiones como la Ley 2/2.009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, declaran, respectivamente, en su artículo 5 la liberalización sobre comisiones o gastos repercutibles, pero imponen un límite cualitativo, cual es que 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.

Por su parte el Banco de España se ha pronunciado reiteradamente sobre las comisiones de posiciones deudoras y declarado que su objeto es el 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 bancarias su devengo y cargo sólo se puede justificar si se acredita que: 1ª, 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 (no obstante la 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 (Memorias de Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 2.006 y 2.007) ."

Pues bien, en el presente caso se reclaman por este concepto, según detalle que se efectúa en la contestación a la demanda y en el escrito del recurso, 800 €, no habiendo sido acreditado que tal importe realmente excesivo, 30 euros por posición deudora, responda a un efectivo gasto de la entidad bancaria, por lo tanto la cláusula se declara nula y en consecuencia debe excluirse de la suma reclamada."

Por su parte la sentencia de la AP de Álava de 30 de diciembre de 2.016 declaró respecto a la reclamación de posiciones deudoras: "En esta materia es de aplicación la Orden EHA/2.899/2.011, de 28 de octubre (RCL 2.011, 1.943, 2.238), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2.011.

29.- El párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden dispone: "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". Si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión. Por lo tanto, no sería exigible y las previsiones que lo contuvieran no serían aplicables.

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

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

32.- Hay que añadir que cuando se produce un descubierto, impago o "posición deudora", opera el interés de demora característico de la contratación bancaria. Recordemos que este interés de demora se ha considerado por la jurisprudencia (STS 2 octubre 2.001, 14 julio 2.009, 22 abril 2.015 y 3 junio 2.016) de naturaleza indemnizatoria, por los perjuicios que se ocasionan al acreedor por el

incumplimiento o cumplimiento tardío del deudor. El interés de demora, en palabras de la STS 26 octubre 2.011, es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones...".

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

36.- La sentencia de instancia considera que no hay prueba alguna de que Kutxabank realice la operativa como narra. En la contestación se expuso que entre el primer y tercer día en que se produce el impago se hace una llamada telefónica y comunica por Short Message Service o correo electrónico. Si no es posible el contacto así, se remite una carta. Si el séptimo día no hay respuesta, se devenga la comisión, aunque en el 60 % de los casos se regulariza la posición atrasada por lo que no se exige.

37.- Entiende la sentencia recurrida que no hay prueba al respecto. Añade que esas explicaciones no aclaran si hay gasto efectivo, y no concretan si es una comisión periódica o única. Esa convicción judicial no se cuestiona en el recurso, que no discute la falta de prueba de su pretendida operativa. En consecuencia, debe concederse que el empresario se reserva la interpretación del contenido de una cláusula que contenga una comisión del tipo recogido en §13. Vistos sus ambiguos términos, puede reclamarla tras una simple llamada telefónica, un correo o SMS. Puede hacerlo además una o varias veces. De hecho podría solicitar la cantidad de 30 € cada día, o varias veces al día, porque puede hacerlo tantas veces como reclame por "cada" posición deudora.

38.- Al margen de que el art. 1.256 del Código Civil prohíba que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno sólo de los contratantes, ha de compartirse con la sentencia de instancia que la forma en que se redacta la cláusula permite a Kutxabank interpretar unilateralmente su contenido, por lo que vulnera el art. 85.3 LGDCU. Esta objeción que se plantea en el recurso será desestimada.

40.- La sentencia recurrida explica que la cláusula priva al cliente de la posibilidad de conocer el medio de reclamación que se va a emplear y por el que se le cargan 30 euros. Tampoco permite saber cuánto se le carga, o en cuántos días debe regularizar la situación o atender la reclamación, lo que entiende vulnera el precepto citado.

41.- El recurso no explica en qué falla el razonamiento judicial expuesto. Se limita a afirmar que no hay vulneración del art. 86 LGDCU. Pero como expone hay una renuncia implícita a conocer la operativa de la reclamación, si se aplica de manera periódica o en un solo acto, si se puede reiterar cotidianamente o sólo cuando el incumplimiento se produzca, aunque permanezca. En definitiva, se priva al cliente de un conocimiento preciso para poder actuar sin



sufrir quebranto económico, que es en definitiva lo que dispone la sentencia recurrida.....".

45.- El art. 87.5 LGDCU es de aplicación porque, como expone la sentencia y se ha explicado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, no hay servicio o gasto que se preste al cliente. Cuando Kutxabank dispone el cobro de una comisión por reclamación de posiciones deudoras con cargo al cliente, percibe una cantidad por un servicio inexistente, que se presta a sí misma, por ser propio de su objeto social.

46.- La falta de reciprocidad es descrita certeramente en la sentencia recurrida. Las reclamaciones al banco no generan una indemnización correlativa a favor del cliente. Además, pese a lo que asegura en el recurso, pueden surgir incidencias que hagan factible esas reclamaciones, como cargos indebidos, gastos que no corresponden o falta de atención de la obligación de facilitar crédito hasta el límite concedido. Todo ello supone apartar las consideraciones que justifican este apartado del segundo motivo del recurso."

En el caso de autos, y siguiendo con lo expuesto como criterio de la Sala plasmado en la sentencia citada de 17 de julio de 2.015, debe señalarse que si bien constan tres reclamaciones extrajudiciales a la actora que obran a los folios 63, 64 y 65, se trata de tres reclamaciones de contenido idéntico, notificando la existencia del saldo deudor e instando a que se ingrese la cantidad en descubierto a la mayor brevedad posible para regularizar la cuenta. A la vista de ello habría de concluirse que la Comisión que se impugna en el presente caso es abusiva, en tanto parte de lo expuesto en líneas precedentes se devenga por cada posición deudora sin mayor concreción, como tampoco se indica en qué consisten las gestiones extrajudiciales, privándose al cliente de un conocimiento preciso para poder actuar en consecuencia y siendo su redacción claramente ambigua, desconociéndose si una misma posición deudora puede dar lugar a varias reclamaciones, cobrándose en cada caso 39 €, lo cual en todo caso resulta desproporcionada. En consecuencia, el primer motivo de recurso debe ser acogido."

La mencionada doctrina jurisprudencial resulta aplicable al tratarse de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Por parte de la demandada se alega la existencia de un contrato con una sociedad denominada Reintegra. Se aporta copia del contrato en el cual se hace constar que se trata de una sociedad del mismo grupo Santander legalmente constituida que "presta, entre otros, servicios de atención telefónica para dar a terceros servicios de gestión de cobros y pagos, gestión de procesos administrativos y de back office, información, promoción, difusión y venta de todo tipo de servicios y manifiesta que se encuentra al corriente del pago de todas sus obligaciones fiscales, laborales y de cualquier otra índole."



Sin embargo, tal contrato no acredita los concretos gastos en el supuesto del contrato del demandante. Además debe recordarse que cuando existe una posición deudora, la tarea de recobro no constituye un servicio efectivamente facilitado al cliente, ni un gasto en que incurra la entidad por prestarlo, sino que es un servicio únicamente para la entidad bancaria, que reclama el pago.

Tratándose de un contrato de adhesión no negociado individualmente en el que se fija la citada comisión por reclamación de posiciones deudoras, sin especificar ni haber aclarado la demandada a qué responde la misma concretamente ni haberse detallado suficientemente la causa de la misma en las cláusulas del contrato así como el devengo de un interés del 20,50% para el supuesto de incurrir en descubierto, interés desproporcionado y no justificado en modo alguno por la entidad bancaria, concurriendo las mismas circunstancias analizadas en la sentencia citada, cuya fundamentación se comparte plenamente, procede declarar la nulidad de las dos cláusulas reclamadas por ser abusivas, procediendo, además la devolución y restitución de las cantidades abonadas por la parte demandante en tales conceptos.

TERCERO.- El demandante interesa la imposición de los intereses legales. Tal y como se establece en la sentencia de la Audiencia Provincial de 31 de mayo de 2018, *"Esta Sección desde su sentencia de 17 de enero de 2.018, se señalaba que en la sentencia discutida la condena era de los intereses desde la fecha de cada abono hasta sentencia y desde ésta y hasta su efectivo pago, los previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "*. Pues bien en aquella sentencia reseñada esta Sección estableció que cuando las cantidades que debe reintegrar uno de los contratantes al otro como consecuencia de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales son las *"cosas que hubiesen sido materia del contrato"*, debe exigirse que los intereses sean calculados desde la fecha misma en que tales cantidades fueron percibidas por uno de los contratantes a costa del otro, es decir desde el pago de cada una de dichas facturas, pero cuando se trata de cantidades pagadas a terceros por imposición del prestamista, es decir que no fueron percibidas por este sino por el Registro de la Propiedad, la Notaría o la empresa que tasó el inmueble hipotecado, procede la aplicación del artículo 1100 del mismo Código Civil , es decir que el cálculo habrá de hacerse *"desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación"*.

En el presente supuesto, no se trata de cantidades percibidas por un tercero, sino por uno de los contratantes y abonadas por el otro por lo que procede imponer los intereses legales desde el abono de las cantidades hasta la fecha de esta sentencia, devengándose a continuación el interés a que se refiere el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Según el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. En consecuencia, en el presente supuesto, se acuerda su imposición a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

SE ESTIMA la demanda interpuesta por D. [REDACTED] [REDACTED] contra Banco de Santander, S.A. y **SE DECLARA la nulidad** por abusivas de las cláusulas del contrato de cuenta corriente suscrito por las partes relativas a la comisión por reclamación de posiciones deudoras y el tipo de interés de impagados/demora del 20,50%, por lo que **debo condenar y condeno** a Banco de Santander, S.A. a la devolución y restitución de las cantidades abonadas por la parte demandante en tales conceptos, más los intereses legales desde el abono de las mismas hasta la fecha de esta sentencia, devengándose a continuación el interés a que se refiere el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación que deberá presentarse en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a su notificación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

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

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.