

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA-SECCIÓN PRIMERA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN ATALA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004821 Fax / Faxes: 945-004820

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s1.alava@justizia.eus / probauztegia.1a.araba@justizia.eus

**Recurso apelación mercantil LEC 2000 /
Apelazio-errekurtsoa; merkataritza-arloa;
2000ko PZL 1545/2021 - A UPAD CIVIL**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de lo Mercantil
nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Mercantil / Merkataritza-arloko
ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia
Autos de Juicio verbal 14/2021 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANKINTER

Procurador/a/ Prokuradorea: [REDACTED]

Abogado/a / Abokatua: [REDACTED]

Recurrido/a / Errekurritua: ASOCIACION DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV

Procurador/a / Prokuradorea: [REDACTED]

Abogado/a/ Abokatua: [REDACTED]

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Emilio Ramón Villalain Ruiz, Presidente, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. David Losada Durán, Magistrados, ha dictado el día siete de febrero de dos mil veintidós.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 122/22

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 1545/21 procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Verbal nº 14/21, promovido por **BANKINTER**, dirigido por el Letrado D. [REDACTED], y representado por el Procurador D. [REDACTED] frente a la sentencia nº 160/21 dictada el 17-09-21, siendo parte apelada **ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV**, dirigida por el Letrado D. [REDACTED] y representada por la Procuradora D^a. [REDACTED], y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.

Emilio Ramón Villalain Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia n° 160/21 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS VASCA (EKA/ACUV) EUSKAL KONTSUMITZAILEEN ALKARTEA, contra BANKINTER, S.A. representada por el Procurador [REDACTED]

DECLARO que el cobro por parte BANKINTER, S.A. de la comisión por ingreso en efectivo en ventanilla por parte del no titular de la cuenta, constituye una práctica abusiva, contraria a la normativa de protección de los consumidores y usuarios, y la cláusula en virtud de la cual practica el cobro nula. En consecuencia,

CONDENO a la demandada a cesar en la práctica señalada por la que impone el cobro de estas comisiones, absteniéndose de llevar a cabo la conducta y de utilizar las cláusulas señaladas en el futuro.

La demandada publicará a su costa el fallo de la presente sentencia, una vez firme, en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

Firme la sentencia, en caso de incumplimiento voluntario del fallo, se le impondrán multas coercitivas diarias en ejecución forzosa de la misma.

Se condena en costas a la demandada.

Una vez sea firme esta sentencia remítase al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **BANKINTER**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 27-10-21, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de [REDACTED], escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV**, se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Emilio Ramón Villalain Ruiz y por resolución de fecha 15-12-21 se señaló para deliberación, votación y fallo el 01-02-22.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO - La representación de la mercantil Bankinter SA recurre en apelación ante esta Sala la sentencia dictada el 17 de septiembre del 2021 por el Juzgado de lo Mercantil de esta Ciudad en la que, como pronunciamiento principal, se declara que “el cobro por Bankinter SA de la comisión por ingreso en efectivo en ventanilla por parte del no titular de la cuenta constituye una práctica abusiva contraria a la normativa de protección e consumidores y usuarios, y una cláusula en virtud de la cual practica el cobro nula”.

En consecuencia, se condena “a la demandada a cesar en la práctica señalada por la que impone el cobro de estas comisiones, absteniéndose de llevar a cabo la conducta y de utilizar las cláusulas señaladas en el futuro”.

Se añaden un pronunciamiento sobre la publicación de la sentencia, otro sobre las consecuencias del incumplimiento de lo acordado, y que las costas procesales de la primera instancia serán de cuenta de la demandada.

Finalmente, se acuerda, que una vez firme la sentencia, se remita al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción.

SEGUNDO – De acuerdo con el escrito de demanda, es abusivo el cobro de una comisión recogida en el Epígrafe 10. 4 del cuadro de tarifas en vigor desde el 31 de julio del 2012 (documento 3 de la demanda, folio 27) “Comisión por ingreso de efectivo en caja por no titulares, ni autorizados de cuentas en Bankinter”: 2 euros por cada ingreso en efectivo.

La demandada, al contestar la demanda, señaló que sigue apareciendo publicada en el cuadro de tarifas de la entidad bancaria (documentos 6, al folio 176), en el documento informativo de las comisiones de 25 de octubre del 2019 (documento 7 al folio 177) y en el cartel que se pone en las oficinas (documento 8 al folio 178).

En documento informativo aportado al procedimiento no figura recogida.

El texto al folio 178 dice: “Determinada operativa de caja por parte de no clientes Bankinter puede conllevar el cobro de 2 euros en concepto de comisión por gastos operativos. Si es usted titular de algún producto Bankinter, por favor facilítenos su DNI para evitarle dicha comisión”.

TERCERO.- Primer motivo de recurso. Falta de legitimación activa en la demandante. Planteamiento.

La demanda se interpone por la representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios Vascos EKA/ACUV. En cuanto a su legitimación activa, la demandante alega el artículo 54.1.b del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y el artículo 32 i) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto Vasco.

Alega en su respaldo la STS 566/2019, de 23 de octubre, la STS 118/2012, de 13 de marzo, y tres sentencias de Audiencias Provinciales, una de ellas, la SAP 411/2016, de 30 de diciembre, de esta propia Audiencia.

La Juez de instancia dedica el fundamento Tercero de su sentencia (folios 1193 vuelto y 1194) a esta cuestión. Apoyándose en la STS 566/2019, de 25 de octubre, y en una sentencia de esta Sala, la SAP 411/2016, de 30 de diciembre, señala que el artículo 24.1 del Texto Refundido citado reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito autonómico conforme a lo previsto en la normativa autonómica.

La normativa aplicable sería, pues, la Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias que establece (artículo 30) determinados requisitos para que las asociaciones puedan acogerse a su normativa.

Considera insuficiente la alegación de doctrina y que la limitación de la legitimación activa respecto de esas asociaciones no tiene respaldo en ninguna norma jurídica, a lo que añade que, conforme a sus estatutos (artículo 5), la asociación demandante puede realizar “actividades ocasionales y accesorias” fuera de su ámbito territorial, entre las que se encuentra el ejercicio de una acción colectiva en defensa de intereses ya difusos.

La apelante, por su parte, dedica el motivo Primero de su recurso (folios 1207 vuelto-1210) a señalar que reconoce en la demandante su condición de asociación de consumidores vasca, pero matiza añadiendo que es una asociación de consumidores de ámbito autonómico y que tiene limitada su actuación al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin perjuicio de las actividades ocasionales o accesorias que pueda realizar fuera de él.

Siendo así, lo que la actora pretende y la sentencia consiente es el efecto de cesación de una condición general de la contratación en relación con cualquier cliente y que Bankinter deje de incluirla en la contratación con cualquier cliente, quede, o no, comprendido en el ámbito territorial de la contratación de la demandada.

Rebate la argumentación de la Juez de instancia a través de su propia interpretación apoyada en un trabajo doctrinal colectivo, y, entiende que, de acuerdo con el artículo 24.1 del Texto Refundido, la actora puede ejercitar la acción, pero si se estima sólo debe ser con efectos en el ámbito territorial autonómico.

Subsidiariamente, considera que los potenciales afectados no son fácilmente determinables (STS 566/2019, de 25 de octubre), no son clientes previos de Bankinter, y Bankinter no está en disposición de identificar a las personas que han realizado ingresos por importe inferior de 1.000 euros en las oficinas que tiene abiertas al público en territorio nacional.

CUARTO. - Decisión de la Sala.

Los apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores señalan lo siguiente:

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

La asociación actora tiene un interés legítimo, basta observar los fines declarados en sus estatutos, que se ajusta a la legislación española, y puede, por tanto, acudir, siempre de acuerdo con el derecho interno, a los Tribunales para que éstos determinen si “ciertas cláusulas contractuales”, redactadas con vistas a su utilización general tiene carácter abusivo, y una vez así declarado, aplicar los medios adecuados y “eficaces” para que cese su aplicación.

La acción de cesación aquí ejercitada ya figuraba en el texto original (artículo 12) de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación. El texto de este precepto hoy vigente es efecto de una modificación que ha entrado en vigor en enero del 2001. En ambos casos, el Preámbulo sigue recogiendo que se trata de trasponer al derecho interno lo dispuesto en la Directiva. Su naturaleza y finalidad se recogen en los apartados 1 y 2 del precepto en los términos que ya señalaba la sentencia transcrita.

Confluyen en la cuestión de la legitimación activa dos perspectivas, una la del artículo 16 de la Ley 7/1998, que no distingue entre asociaciones con implantación en uno u otro territorio, sino que sólo exige a afectos de legitimación dos cosas: Que la asociación esté legalmente constituida y que tenga, entre sus fines estatutarios, encomendada la defensa de consumidores y usuarios. Ambos requisitos se cumplen por la actora.

La otra es la de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, en cuyo Texto Refundido se define la acción de cesación (artículo 53) y se concreta quién está legitimado para ejercitarla (artículo 54).

Eso sí, con una adicción: “La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

La respuesta a la recurrente hay que encontrarla, pues, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El número 1 de el artículo 11 de dicha Ley es una norma de legitimación en general, que, nuevamente, habilita a la actora.

En los números 2 y 3 se establecen dos hipótesis. Si es posible determinar perfectamente, o, al menos, fácilmente, el grupo de consumidores y usuarios afectados, se acota la legitimación a las asociaciones que, específicamente, defienden sus intereses.

Si no lo es, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos

corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas, o lo que es lo mismo, que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios. No nos consta que la asociación actora pertenezca a ese Consejo de forma individualizada, pero como ya dijo la Sala en su día, los afectados son aquellas personas que acuden a la oficina de Kutxabank para realizar un ingreso en efectivo, personas perfectamente identificables (no es preciso una identificación nominal de identidad, sino que ésta se hace acto por acto).

Desde este punto de vista, la actora está plenamente legitimada. Y, con ello, entramos a examinar la cuestión territorial.

Con la STS 408/2020, de 7 de julio, hemos de recordar que “... *Del propio tenor literal del art. 12.2 LCGC se colige que el objetivo de la acción de cesación no es la declaración de nulidad de las condiciones generales contra las que se dirige, sino la condena a eliminarlas y la prohibición de volver a utilizarlas (STC 96/2012, de 7 de mayo). Por ello, los legitimados para su ejercicio no son los concretos contratantes, sino los organismos o entidades reseñadas en el art. 16 LCGC (...)* Dicho de otra manera, el art. 12.2 LCGC define la acción de cesación como una acción colectiva cuyo fin principal no es la defensa de intereses de personas concretas, sino la erradicación de las cláusulas nulas, con lo que protege y ampara intereses colectivos que trascienden a los individuales de un contratante determinado...”.

Si esa es la finalidad de la acción, limitar, sin base legal alguna, la reconocida legitimación de una asociación que actúa en defensa de un interés legítimo por el mero hecho de que se haya registrado como asociación o que sus estatutos recojan que, preferentemente va a desarrollar su actividad en esta Comunidad Autónoma, significaría desconocer, en función del criterio del establecimiento, la obligación que los Tribunales tienen respecto todos los afectados por cláusulas nulas que deben erradicarse.

Aceptar el argumento contrario implicaría establecer una barrera territorial a la eficacia de la decisión judicial y discriminar, en función del lugar donde se cobrase esa comisión, a quienes hacen los ingresos, lo que afectaría de modo directo a lo que pretende el Legislador y pretendía el Consejo con su Directiva.

Como ya dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Primera de 26 de abril del 2012, asunto C-472/10, Invitel :

“... *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación...”.*

Por todo ello, entendemos que la actora está legitimada para accionar en este proceso en la búsqueda de una respuesta judicial a una práctica que se extienda incluso fuera del ámbito territorial, preferente, pero no único, de su actuación porque se trata de buscar respuestas eficaces a resultados abusivos (lesivos, se dice en el comentario doctrinal) que no aparecen limitados a esta Comunidad Autónoma, sino de proteger los intereses legítimos de cualquier consumidor (y sólo de quien sea consumidor o usuario) que acuda a una oficina de Bankinter y se le pretenda aplicar esta comisión como presupuesto de un ingreso en metálico en la cuenta de uno de sus clientes.

El motivo se desestima.

QUINTO. - Motivo segundo de recurso: La sentencia llega a conclusiones erróneas. La relación del servicio de caja básico en los contratos de cuenta corriente y su relación con la comisión de mantenimiento. El servicio de caja básico, concepto y contenido. La digitalización como justificación de la exclusión del servicio de ingreso en efectivo por ventanilla del servicio de caja básico. El precio del servicio de caja en el contrato de cuenta corriente puede venir determinado en una condición general siempre que ésta sea transparente y aparezca diferenciado.

La recurrente reconoce que el objeto de este procedimiento es una condición general de la contratación que establece una comisión a abonar por quien no es cliente de Bankinter.

Dicho esto, la situación típica que propicia la exigencia y pago de la comisión, que es el objeto de este procedimiento se desarrolla desde el siguiente presupuesto de hecho: Un consumidor acude a hacer un ingreso a una oficina de Bankinter y si quiere que ese ingreso sea eficaz, obteniendo una justificación de pago frente a su acreedor, es requerido, y debe aceptar, el pagar dos euros en el acto.

Pero, y obviamente, la casuística es tan variada como las modalidades a las que puede responder ese ingreso en efectivo podría incluir, también, la donación de efectivo al cliente de Bankinter.

Una primera precisión, en el servicio de caja básico asociado a un contrato de cuenta (corriente o de ahorro), el hecho de que la entidad bancaria (en este caso Bankinter) administre como si fueran propios los fondos que tiene en depósito, permite ya presumir que éste y los terceros, consumidores o no, pueden siempre ingresar en esa cuenta fondos en efectivo. Es un puro efecto de la fácil disponibilidad de los fondos depositados implícita en ese tipo de contratos. En el fundamento Octavo de esta sentencia haremos alguna precisión más.

Tal como lo define el Banco de España, en su Portal del Cliente Bancario, <https://cliente bancario.bde.es>, un servicio de caja es un servicio asociado al contrato de cuenta por el que la entidad bancaria recibe ingresos y hace pagos en nombre del cliente, siempre dentro del marco de las instrucciones recibidas.

Aunque desde la perspectiva del cliente de Bankinter entendamos que se le está prestando un servicio de caja, pues, en definitiva, el metálico ingresado va a tener un contravalor en su cuenta, desde la perspectiva del consumidor que efectúa un ingreso en efectivo, y al que se pretende cargar por vello con una comisión fija de dos euros, la situación es completamente

distinta.

Quien recibe los fondos en nombre del destinatario, un profesional de banca, le impone que, para hacérselos llegar a su cliente, pague una cantidad de dos euros.

Con la mercantil recurrente hemos de aceptar que nada impide que la entidad bancaria determine los concretos servicios bancarios complementarios que quiere prestar a su cliente dentro como accesorios de ese servicio básico de caja. La cita que hace de la STS 277/2006, de 24 de marzo resulta muy apropiada.

Pero no podemos estar de acuerdo en que el ingreso por ventanilla sea un elemento esencial del precio de ese servicio de caja cuando, para justificarlo, se pretende que lo satisfecho por un tercero en concepto de comisión es parte los servicios previamente pactados en el ámbito del contrato de cuenta. No se trata de una comisión anudada al objeto principal del contrato, sino de una supuesta “contraprestación” por unos actos accesorios del desarrollo normal del contrato de cuenta que la entidad bancaria realiza porque así lo ha pactado con su cliente. Y que la entidad no cobra a éste, que podría, sino a un tercero relacionado financieramente con él.

Si la práctica supuestamente abusiva se desarrollase dentro de las relaciones contractuales entidad bancaria-cliente, podría tener un soporte normativo (con todos los matices que esta afirmación conlleva) el cobro de una comisión a ese cliente por el coste de una gestión que conllevaría la recepción material del dinero, su conteo, su inclusión en el sistema de contabilidad, y el depósito a disposición de “su” cliente.

Pero, en este caso, la relación entre quien entrega el efectivo en metálico y la entidad bancaria sitúa a ésta, básicamente, como depositaria/representante frente al primero. No existe otra relación, aunque el contacto se produzca en el “contexto material” del servicio básico de caja prestado al cliente.

El titular de la cuenta es el beneficiario (persona física o jurídica que es la destinataria prevista de los fondos) de una operación de ingreso en efectivo realizada por un consumidor (persona física que actúa con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión) a través de una oficina de la entidad de crédito vinculada con el primero a través de una relación contractual determinada y concreta que incluye ese servicio a su cliente.

Y si la entidad de crédito cobra alguna cantidad a su cliente por el hecho de que éste haga un ingreso en efectivo en su cuenta a través de ventanilla es algo que queda al margen de este procedimiento.

La opción por la ventanilla, ahora convertida en mostrador, en lugar, por ejemplo, del uso de una transferencia, responderá a la íntima intención de quien hace un ingreso, pero esa intención no es relevante para determinar si se le puede cobrar una “comisión por gastos operativos”, tal como se la define en el cartel aportado a las actuaciones.

Y, desde luego, podríamos discutir si la comisión por mantenimiento (que abona el cliente) engloba efectivamente, o no, el pago de los servicios prestados, pero de lo que aquí se trata es de determinar si el que un tercero pague a la entidad depositaria una cantidad por un servicio bancario que se realiza en beneficio de su cliente, aunque, en la mayoría de los casos, el

ingreso se haga con la pretensión de que quede constancia del pago en efectivo realizado (con los efectos jurídicos de todos conocidos), es una práctica abusiva, y, caso afirmativo, debe ser expulsada del sistema jurídico-mercantil.

SEXTO. - Motivo tercero de recurso. Existe un contrato válido entre el tercero y la entidad bancaria, que no está sujeto a un control de abusividad, y que se perfecciona por la aceptación expresa de ese tercero respecto de la oferta que Bankinter le hace. La comisión, para el caso de que proceda ese control, es transparente.

En realidad, lo que la recurrente pretende es que se considere que existe un contrato independiente, contrato que no se puede impugnar a través de las reglas relativas a los controles de abusividad. La comisión, de ese modo, dejaría de reunir las condiciones con las que ha sido declarada al Banco de España (la normativa la veremos a continuación) para convertirse en el precio del propio servicio bancario .

El contrato de cuenta corriente bancaria siempre ha girado sobre la disponibilidad de fondos contra el banco en favor del titular de la cuenta al que se puede superponer, mediante un pacto complementario, la prestación del servicio de caja que permite al cliente tanto hacer transferencias y pagos a terceros como recibirlas previa orden en ese sentido. En definitiva, el banco actúa como un mandatario de su cliente, y los abonos y cargos vienen respaldados por las instrucciones de su cliente.

Pero no es objeto de este procedimiento el contrato de cuenta corriente bancaria sino una prestación concreta de ese pacto de caja, que, en beneficio del cliente, desarrolla materialmente el banco con un tercero, al que pretende cobrar dos euros en concepto de comisión: el ingreso en efectivo. Exigencia que, por su carácter predispuesto y de general aplicación podemos encuadrar en el ámbito de las condiciones generales de la contratación de Bankinter SA.

Dice la recurrente que Bankinter hace una oferta a ese tercero que acude a sus oficinas y que éste la acepta, lo que hace surgir una relación jurídica contractual entre ella, que recoge el dinero para su cliente y el tercero que se lo entrega, revestida además de unos actos formales como es la extensión del resguardo de ingreso con efectos identificativos del tercero (obviamos lo referente a la normativa de represión del fraude) y acreditativos de la entrega.

Basta examinar el cartel aportado con el escrito de contestación para comprobar que en modo alguno se ofrece un servicio bancario, sino que se advierte que ese ingreso va a generar un ingreso si el tercero no acredita algún tipo de relación contractual con Bankinter. No cabe convertir la imposición de un pago con el concierto entre oferta y demanda que integraría un consentimiento contractual.

Negamos, pues, la existencia de ese supuesto contrato que, a su vez, permita aplicar el artículo 4.2 de la Directiva, o más bien, sus excepciones. La cantidad que se pretende cobrar ni es el precio del servicio, ni en este procedimiento se pretende realizar un control de la ratio entre el servicio y la remuneración que el consumidor ha de pagar por él.

SÉPTIMO. - Si de falta de transparencia como presupuesto de la abusividad de una

condición general de la contratación, el precepto de referencia, como es conocido, es el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Este precepto, respondiendo a la citada finalidad, y sin perjuicio de la libertad de contratación, facultó al Ministerio de Economía para dictar las normas necesarias para dotar de transparencia las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

En su desarrollo, en cuanto aquí interesa, se dictó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, a lo que esta Sala se refería en su sentencia, y que, en su artículo 3 señala (1) que las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Y que 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. Son los dos requisitos que la propia Jurisprudencia considera que permiten el cobro de una comisión.

Lo que se complementa con un régimen de información (relación de comisiones, debidamente actualizadas, gastos repercutidos en dichos servicios, y en formato unificado) a disposición del cliente. La norma exige que esa información sea sencilla, pero también que sea posible una comparación entre entidades, que esté disponible en todos los establecimientos comerciales, sus páginas electrónicas y en la web del Banco de España, específicamente, y en cualquier momento, a disposición del cliente de forma gratuita.

El Banco de España, a su vez, dictó Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en cuya norma tercera se regula la información pública sobre los tipos de interés y comisiones.

La acreditada publicación de esa comisión por gastos operativos cumpliría esa normativa incluso frente al tercero, quien puede conocer de manera sencilla y accesible que se le va a cobrar la cantidad de dos euros por la entidad de crédito si pretende hacer un ingreso en efectivo en la oficina de Bankinter. Pero eso no priva de abusividad a la condición general de la contratación que es objeto de este procedimiento. El incumplimiento de la normativa bancaria implicaría respecto del Banco de España otras posibles consecuencias que no son del caso.

Como dijo la Sala Primera en la sentencia que hemos citado más arriba, este Tribunal, como lo fue el de Primera instancia, está obligado a realizar un control abstracto “...*al margen tanto de la información particularizada sobre el alcance y contenido de la cláusula que haya podido recibir el adherente con carácter previo a la suscripción del contrato, como del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera...*”.

La Sala Primera citaba la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio del 2016 (asunto C-191/15, Verein für Konsumenteninformation), y esta Sala se remite expresamente a lo que el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/03, Comisión Europea contra España) o a lo que también dice en su sentencia 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14, Sales Sinués, y C-385/14, Youssouf Drame): “... *las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes*”.

OCTAVO. - Siendo así, retomamos aquí lo que ya decía esta Audiencia Provincial en la sentencia SAP de Álava 610/2018, de 12 de noviembre.

"... El Banco de España admite la validez de las comisiones siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario. En esta materia es de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

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.

Cuando se realiza un ingreso en efectivo por tercera persona que no es cliente (...), quien acude a la ventanilla estaría obligado a pagar con esta cláusula dos euros. Se está cobrando a un tercero con el que el banco no tiene vínculo alguno (...) K pretende cobrar al tercero un servicio que presta al cliente cual es el cobro de recibos en su cuenta.

Afirma la recurrente que los titulares de las cuentas conocen las comisiones establecidas, sin embargo, el tercero no tiene obligación de conocer las comisiones cuando acude a la oficina bancaria con la intención de pagar la deuda, se va a encontrar que, además de abonar el recibo, tiene que pagar dos euros por realizar el pago (...).

La noción de abusividad viene recogida en el art. 82 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios " Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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 ".

El apartado cuarto añade, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

El art. 85 del mismo texto indica que las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: " 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna .". (...)

Se deja a la voluntad del empresario la interpretación del cobro de la comisión sin contar con el cliente a cuyo favor se realiza el ingreso (cliente que tiene una cuenta corriente bancaria), y sorprendiendo al tercero, que por saldar una deuda se le cobra una comisión. Es desproporcionada con el usuario bancario, y, además, limita sus derechos.

El importe a abonar, los dos euros, depende del banco sin más trámite que exigirlo, la entidad es quien considera cuando se debe abonar la comisión.

Se están limitando los derechos del usuario y se está procediendo sin transparencia, la exigida por el Tribunal Supremo en Condiciones Generales de Contratación, la cláusula no ha sido aceptada de forma expresa por el cliente bancario al contratar la cuenta. Además, esta falta de transparencia también afecta al tercero usuario al que se le exige el cobro de forma impositiva, sin previa información ni negociación ...”.

Doctrina en la que, aunque referida a un supuesto de hecho distinto más amplio y en el que interviene otra entidad de crédito, nos reafirmamos.

El cobro de una comisión por un ingreso en efectivo realizado en una oficina de Bankinter no satisface las exigencias de la Directiva 93/13, ya que constituya un evidente obstáculo para el consumidor que pretende realizar ese ingreso. Ese obstáculo no es otro que la imposición de una obligación adicional, que no nos consta que se haya contemplado en el contrato de Bankinter con el beneficiario.

No sólo eso, tal como se desprende de toda la información con la que contamos sobre el cobro a ese tercero consumidor, es claro que sólo se le aplica si no tiene ninguna relación jurídica con Bankinter, por lo que ese cobro carece de respaldo alguno en la normativa que hemos ido citando que permita considerar esa comisión como una obligación legal o reglamentaria.

Se trata de una pura imposición de la entidad de crédito, realizada en el contexto de la utilidad económica que ese cobro produce en el desarrollo de su negocio bancario.

Incluso aunque el que se respalde ese “gasto operativo”, como se ha hecho en la primera instancia de este procedimiento, a través de un dictamen pericial, deja en evidencia que se trata de trasladar un gasto derivado de la prestación de un servicio bancario específico, que es parte del contrato con el beneficiario/cliente, a un tercero consumidor.

Siendo así, la condición general en la que se protege Bankinter al realizar el cobro es nula por abusiva y debemos desestimar el motivo.

NOVENO. - Cuarto motivo de recurso. Bankinter no limita los servicios incluidos en el servicio de caja remunerado. La digitalización ha supuesto la inclusión de muchos servicios adicionales que el consumidor recibe a cambio de ese precio.

La recurrente plantea su cuarto motivo como adicional. Lo hace considerando que la sentencia se basa en una premisa equivocada, pues, a su juicio, existe reciprocidad, siempre económica, entre la comisión de mantenimiento y los servicios bancarios ampliados.

La recurrente valora los argumentos que la Juez de instancia realizó en su sentencia

sobre las consecuencias de la digitalización, el supuesto encarecimiento de los servicios bancarios, su incidencia en la comisión de mantenimiento, y a juicio de la recurrente, también la incidencia de todo ello sobre el control de abusividad. Pretende así refutar la argumentación de la Juez de instancia planteando una cuestión absolutamente ajena a la acción de cesación ejercitada.

No es el momento, ni el lugar, para realizar valoraciones éticas del proceso de digitalización de las finanzas europeas. Tampoco para realizar un juicio de valor sobre la digitalización de los servicios bancarios que ya contemplaba la Comisión Europea en su Plan de acción sobre finanzas sostenibles (marzo del 2018), y que ha desarrollado a través de su “Objetivo 2020” y del paquete de Medidas de estrategias digitales y pagos minoristas que comenzó en marzo del 2021.

Pero sí hemos de recordar, siempre desde un punto de vista jurídico, que ya en el año 2014 se promulgó la Directiva 2014/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas (DOUE de 28 de agosto), y que esa Directiva fue traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre.

El artículo 3 de la Directiva obligaba a los Estados a establecer una lista provisional en la que figurasen, entre 10 y 20, como máximo, los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago y sometidos a una comisión, prestados por, al menos, uno de los proveedores de servicios de pago a nivel nacional.

Y configuraba lo que se denomina una “cuenta de pago básica” (artículo 17 de la Directiva) con siete servicios mínimos y con la precaución de que (artículo 18 de la Directiva) los Estados deberían velar porque esos servicios mínimos bancarios se ofrecieran sin cargo alguno o aplicando una comisión “razonable” fijada conforme a dos parámetros: el nivel nacional de renta y las comisiones medias aplicadas por las entidades de crédito.

El Legislador español (artículo 8 del Real Decreto-ley) consideró que cualquier entidad debería ofrecer a quien abriera una cuenta corriente un mínimo de servicios bancarios que llamó “servicios asociados a cuentas de pago básicas”. Y, entre ellos se encuentran el depósito de fondos y la retirada de efectivo por el cliente en las oficinas de la entidad.

Respecto de la operativa bancaria, la norma señala: “En todo caso, el cliente podrá gestionar y realizar operaciones de pago en relación con la cuenta de pago básica en las sucursales de la entidad de crédito donde esté abierta la cuenta. También podrá hacerlo a través de los servicios bancarios en línea de la entidad de crédito, cuando ésta disponga de ellos.”.

O lo que es lo mismo, al cliente, y a quien opera con él ingresando fondos en su cuenta, no se les puede impedir realizar operaciones de pago en las sucursales donde esté abierta la cuenta. El hacerlo no supone para la entidad bancaria un plus de servicio a sus clientes, como sostiene la recurrente, sino una obligación con respaldo legal. Y, por ello, no puede negarse a aceptar un ingreso en efectivo “en ventanilla”, físicamente en su oficina, aunque esa obligación quede limitada a los “pagos”, lo que, a nuestro juicio, parece excluir cualquier ingreso realizado

con otra finalidad.

Y ya respecto de las comisiones y gastos asociados a la prestación de ese servicio, el Legislador español ha optado por la libertad de pacto entre el cliente y su entidad de crédito (artículo 9), abriendo la posibilidad de unos máximos, que habría de fijar el Ministerio de Economía, quien, también puede determinar que el servicio se preste sin cargo alguno. Igualmente, el Ministerio puede establecer unas condiciones más ventajosas en materia de comisiones en función de una especial situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera. Incluso la gratuidad de la operación.

Aunque normalmente el “riesgo de exclusión financiera “ se ha venido entendiendo como la dificultad o incapacidad de ciertos individuos para acceder a todos o alguno de los servicios bancarios ofrecidos por las entidades, en la norma reglamentaria, dictada por el Ministerio de Economía y Empresa (Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo), sólo se atiende a factores económicos, y la gratuidad se limita a la apertura, transformación y mantenimiento de la cuenta de pago básica.

En definitiva, no nos corresponde examinar la bondad del proceso de digitalización en el que está inmersa la mercantil Bankinter SA, tampoco determinar sus consecuencias en la efectiva prestación del servicio bancario, pero sí señalar que la comisión que se pretende cobrar a un tercero relacionado con su cliente mediante una obligación de pago, porque éste realiza un ingreso en metálico en una oficina bancaria de Bankinter, es abusiva por todas y cada una de las razones que hemos ido indicando a lo largo de esta sentencia.

El efecto jurídico de este pronunciamiento es el propio de una acción de cesación: Bankinter SA debe dejar de cobrarla.

Por todo ello, desestimamos el recurso.

DÉCIMO. - De conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento, al no apreciar esta Sala que existan serias dudas de hecho, o de derecho, procede la condena de la recurrente al pago de las costas procesales de esta instancia.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil Bankinter SA, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre del 2021 por el Juzgado de lo Mercantil de esta Ciudad, en los autos de juicio ordinario 14/2021, debemos confirmar, y confirmamos dicha resolución al tiempo que condenamos a la recurrente al pago de las costas procesales de esta segunda instancia.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art. 478.1.2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-01-1545-21. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

