

## SENTENCIANº

En ALGECIRAS, a quince de enero de dos mil veinte.

Vistos por Doña XXXX, MAGISTRADA-JUEZ del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO DOS DE ALGECIRAS y su partido los presentes autos nº 1785/2018 de Juicio Verbal seguido entre partes, como demandante D XXXX, representada por el/la Procurador/a, Sr/a. XXXX, y asistida del/la Letrado/a, Sr/a. Pérez del Villar Cuesta; y como demandada la mercantil BANCO SANTANDER S.A., representada por el/la Procurador/a, Sr/a. XXXX, y asistida del/la Letrado/a, Sr/a. XXXX

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el/la Procurador/a, Sr/a. XXXX, en nombre y representación de D. XXXX, se presentó demanda de juicio verbal ejercitando acción en reclamación de cantidad contra la mercantil BANCO SANTANDER S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo a bien, para terminar pidiendo al Juzgado se dictara sentencia en los términos previstos en el suplico de la misma.

**SEGUNDO.-** La demanda fue admitida por decreto de fecha 27 de diciembre de 20178 acordándose dar traslado de la misma a los demandados para contestarla por escrito en el plazo de diez días lo que se verificó por escrito de contestación a la demanda de fecha 25 de enero de 2019, presentado por el/la Procurador/a, Sr/a. XXXX, en nombre y representación de demandada BANCO SANTANDER S.A. Por diligencia de fecha 25 de junio de 2019 se tuvo por contestada la demanda convocándose a las partes para la celebración de la vista para el 21 de noviembre de 2019.

**TERCERO.-** La vista del juicio verbal se celebró el día y hora señalados con la comparecencia de las partes, no pudiendo alcanzar un acuerdo y propuesta y admitida la prueba, se celebró la pertinente quedando los autos conclusos y vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales salvo los plazos procesales, dado el volumen de asuntos que tramita el Juzgado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora, don XXXX, acción de carácter personal, procedente de una relación jurídica de contrato de apertura de cuenta corriente celebrado entre aquél y la demandada Banco Santander, SA, en reclamación de 2.711,74 euros, por cobro indebido de comisiones.

Pretensión que encuentra fundamento en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; en la normativa sectorial bancaria, en particular, la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, la Circular del Banco de España nº 8/1991, de 7 de septiembre, relativa a la transparencia de las operaciones y la protección e la clientela, en la Circular 4/1990, del Banco de España y 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 y en las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículos 1088 y ss). Resultando asimismo de aplicación la normativa sobre consumidores y usuarios, al reunir la demandante la condición de consumidor conforme al criterio establecido en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tal y como pone de manifiesto la parte demandada.

La demandada se opone a la demanda alegando, en primer término la prescripción de la acción, para continuar oponiéndose a la demanda interesando el dictado de una sentencia absolutoria afirmando, resumidamente, que el cobro de comisiones cuyo reintegro se pretende en la demanda obedece a lo pactado por las partes en el contrato de cuenta corriente, encontrando justificación en las posiciones deudoras mantenidas en su cuenta corriente por el actor y que las mismas tienen por objeto reclamar al demandante la situación de descubierto, no estando las sumas reclamadas en la demanda debidamente justificadas.

**SEGUNDO.-** La pretensión hecha valer en la demanda encuentra fundamento en la siguiente normativa reguladora:

1) En el ámbito comunitario contamos con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas en los siguientes términos:

*“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

*2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

*3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”*

Por tanto, se considera que una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

La Directiva no se aplica a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas; disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte (art. 1.2 Directiva). La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual tiene en cuenta: la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurren en la celebración del contrato; las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

Asimismo, el art. 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE establece una importante limitación, al disponer que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. La doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), faculta al tribunal para examinar de oficio la abusividad o no de las cláusulas contenidas en la contratación con consumidores, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y ha reiterado el TJUE "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual"(SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 2). Como afirma la STJUE de 21 de febrero de 2013 , Banif Plus Bank Zrt, apartado 29, al aplicar el Derecho de la Unión "el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, Rec. p. I- 11245, apartados 50 y 54)". Derecho de contradicción al que se ha dado cumplimiento en el presente caso como obra en los autos.

2) En el ordenamiento nacional, nos encontramos con el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) define las condiciones generales de la contratación diciendo: “Son 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”.

La LCGC tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las cláusulas abusivas y contiene una remisión al la Ley General de Consumidores y Usuarios. La referencia a esta Ley debe entenderse al Texto Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad,

concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.”

La regulación de la LGCC ha de ser completada, por tanto, con lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

El art. 80 TRLGCU establece los siguientes requisitos de la cláusulas no negociadas individualmente: 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; 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.

Y, en concreto, en el art. 82.1 TRLGCU encontramos la definición de cláusula abusiva. Señala el mencionado precepto:

“Se considerarán cláusulas abusivas 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.”

El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

El art. 82.4 TRLGCU considera en todo caso cláusulas abusivas las que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Este precepto es desarrollado por el TRLGCU en los arts. 85 a 90. El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las condiciones generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado

1º que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado

2º, declara nulas en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de consumidores y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior) El art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no-incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la falta de incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC).

3) La Ley 26/1998 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como las modificaciones posteriores y normativa de desarrollo (especialmente la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre, modificada a su vez por la Circular 5/1994, de 22 de julio, la Circular 3/1996, de 27 de febrero, y la Circular 4/1998, de 27 de enero) en su artículo 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito, debiendo los mismos reflejar

de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Así, en materia bancaria, la forma habitual de contrato con cláusulas prerredactadas, y en general de adhesión, hace que en este tipo de contratos rige el principio de libertad en la fijación de las comisiones, si bien con importantes límites cuantitativos y cualitativos, estableciéndose límites a la libertad contractual cuando se utilizan condiciones generales, entendiéndose por tales “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 cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

La normativa bancaria anteriormente referida regula expresamente la claridad de tales cláusulas (art. 7) y los requisitos que deben cumplirse por ellas para que se entiendan incorporadas a un contrato vinculante entre las partes (art. 5), así como las reglas de interpretación que deben aplicarse a las mismas (art. 6), en lugar de las reglas ordinarias de interpretación, sólo aplicables cuando las cláusulas son dispuestas por la voluntad negociada de las partes.

4) Con relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero (aplicable por analogía al supuesto de litis, al estipularse una cláusula cuya oscuridad se alega por la parte demandante y que puede calificarse compleja), diversas resoluciones del Banco de España señalan que para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general; tratándose de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros; y que, entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados. Es por lo que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que se comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

Especial mención merece la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en el párrafo segundo del art. 3.1 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 ”. De este modo, si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión y, por lo tanto, no sería exigible y las previsiones que lo contuvieran no serían aplicables.

La parte actora señala como fundamentación fáctica de su pretensión que concertó contrato apertura de cuenta corriente en la que por la parte demandada se ha procedido al cobro indebido de comisiones que no le consta si fue objeto de pacto expreso, que no procede el cobro de una comisión por descubierto junto con la aplicación del interés de demora puesto que supone una doble imposición y que no se ha acreditado que responda a un servicio efectivo susceptible de ser repercutido, interesando la devolución de la suma de 2.711,74 euros a que corresponden la cantidad indebidamente cargada en la cuenta corriente número 0049 0448 08 2191142228 en concepto de comisiones.

La parte demandada se opone a la pretensión actora alegando, además de la prescripción, que existe pacto expreso de las comisiones por descubierto, que no existe incompatibilidad alguna con el cobro del interés de demora en la medida en que el interés moratorio y la comisión de descubierto obedecen a finalidades radicalmente distintas ya que mientras que los intereses constituye una justa compensación al banco por el anticipo crediticio que realiza, las comisiones obedecen a una remuneración correspondiente a la realización por parte del banco de las funciones de gestión de cobranza en su condición de mandatario comisionista; así como que la comisión obedece un servicio efectivamente prestado por parte de la entidad demandada ya que la actora utilizó reiteradamente dejó en descubierto la cuenta corriente lo que ha supuesto un sobrecoste administrativo para la entidad financiera ya que han sido preciso realizar un nuevo análisis sobre la solvencia del cliente y el comportamiento ante descubiertos anteriores; y finalmente, que el actor ha venido abonando durante más de 10 años las liquidaciones de las comisiones por descubierto sin hacer ninguna objeción y que el contrato de apertura de cuenta corriente se suscribió en el año 1996 siendo aceptada expresamente por la parte actora pese a ser consciente del importe de la comisión.

En relación con el asunto que nos ocupa, la doctrina jurisprudencial, recoge, por todas Sentencia de la AP de Málaga, Sección 4ª, nº 241/2014, de 23 de mayo: “Ahora bien, para que el abono de dicha comisión por devolución sea jurídicamente exigible son precisos los siguientes requisitos:

1º.- Que exista un pacto entre las partes que justifique el cobro de la comisión de devolución por parte de la entidad. Pero ese pacto no puede surgir a la vida jurídica de cualquier forma, sino que por exigencias de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y más concretamente de su art. 48-2 , desarrollado por Orden del Ministerio de

Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, asimismo desarrollada por la Circular del Banco de España 8/1770, de 7 de septiembre SIC, relativa a la transparencia de las operaciones y la protección de la clientela, el pacto en el que se establezca la citada comisión por devolución, debe de determinar de una forma explícita y clara, el concepto y la cuantía concreta de la misma. Debe de tratarse, en suma, de un documento contractual, en el que se deberá hacer constar, con claridad y precisión, el concepto de la comisión, cuantía, fecha de devengo y liquidación, así como cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de la misma. Esta exigencia de claridad y precisión no cabe sustituirla con la remisión genérica a las tarifas que en cada momento publique la entidad, pues así deriva de la norma genérica contenida en el art. 1.256 del Código Civil ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes") y del apartado b), del punto 4, del número 7 de la citada Orden Ministerial, que en relación a esta materia establece "No serán admisibles, a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden". Todo ello sin olvidar además que la citada comisión, en la medida que derive de una cláusula incorporada a un contrato de adhesión, nos introduce en la órbita del art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios; cuyo número 1 y sus requisitos de concreción, documentación y buena fe están en plena sintonía con las normas antes indicadas; no siendo óbice para la proyección al caso de esta última Ley la condición de persona jurídica mercantil, que en múltiples ocasiones tiene el cliente del banco, pues en realidad y a los efectos que aquí interesan no se trata de atender a la concreta actividad productiva que constituye su objeto social, sino a la concreta actividad de gestión de cobro, que como destinatario final, solicita de la entidad financiera en cuestión.

2º.- Que la comisión de devolución corresponda verdaderamente a la prestación de un servicio. Ahora bien, dicha idea debe de ser debidamente matizada. En efecto, el contrato de comisión es el equivalente mercantil del contrato civil del mandato - art. 247 del Código de Comercio en relación al artículo 1.709 del Código Civil . Consiste, según este último precepto, en "prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra". Y ese servicio, que no es otro que la gestión de cobro, consiste en presentar al cobro el documento previamente entregado y aceptado por el banco, debiendo éste a continuación entregar, bien el dinero, bien el efecto impagado a su cliente. En conclusión, no se puede cobrar una comisión de devolución ya que el hecho de comunicar el impago no es un nuevo servicio, sino la cumplimentación de otro anterior, el del cobro de efectos. En esta misma línea discursiva se expresa el propio Banco de España, cuando en su Circular 8/1990 , sobre transparencia de las operaciones bancarias y protección de la clientela, establece: "Las comisiones y gastos repercutidos deben de 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".

De lo expuesto hasta ahora se desprende que en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", ya que en otro caso habría que pensar que se trata de una imposición arbitraria y, por ende, carente de causa. Ello desplaza sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos gastos habidos y potencialmente repercutibles, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha, etc., sin que a estos efectos valga alusión genérica o pacto alguno de inversión de la citada prueba, pues así deriva del art. 10-bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (perfectamente aplicable al caso, tal y como antes dijimos) en relación con los números 7 y 19 de la Disposición Adicional Primera de la propia Ley. No comprendiéndose, por otra parte, cuáles serán los gastos que, asociados al precio mismo de la gestión de cobro (normalmente derivada de un descuento suficientemente retribuido tanto por vía de comisión como por el concepto de intereses) puede originar la devolución del efecto impagado, pues -al margen de que el impago de un efecto es racionalmente previsible, ya que no es más que uno de los dos resultados de la gestión de cobro encomendada- normalmente se trata de una operación meramente material, que sin embargo, de forma más incomprensible aún, con independencia de la mayor o menor complejidad que esa estricta labor material pueda puntualmente suponer, y que se relata con Detalle en el motivo segundo del recurso de apelación, se cuantifica, no solo salvando un inexplicable mínimo, sino sobre un porcentaje del nominal del efecto, pudiendo llegar a veces a alcanzar la mera confección de un apunte contable un precio totalmente desorbitado; máxime cuando en orden a la notificación al cliente y la restitución del efecto, lo cierto es que suele cobrarse el correo que ello supone, de una forma independiente a la misma comisión por devolución.

No empece a nada de lo antes expuesto, la alegación de que la devolución de comisión compense el riesgo que sufren las entidades, pues al margen de que ese riesgo del cedente ya viene compensado por vía del interés que se establece en el descuento, lo cierto es que no hay riesgo derivado del deudor para el banco, ya que éste toma los documentos para su cobro salvo buen fin (artículo 1.170 CC), esto es, sin asumir riesgo alguno derivado del impago. Tampoco obsta a nada de lo anterior, el hecho de que el cliente continúe descontando remesas de efectos a pesar de que se le estén cargando en cuenta dichas comisiones , durante un tiempo prolongado (seis años, dijo el antiguo empleado de la demandada que declaró como testigo); no hay aceptación tácita o acto propio, pues la doctrina que desarrolla tales conceptos no es aplicable en beneficio de una entidad que tiene que cumplir con normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y Orden y Circular antes citadas), y si no lo hace, no puede suplirse ese incumplimiento con el hecho de que el cliente no reclame, máxime cuando normalmente éste se encuentra respecto de la entidad en una situación de relevante dependencia financiera.”

En el mismo sentido la reciente SAP de Alava, Sección 1ª, de 30 de diciembre de 2016 señala: “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.

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/2899/2011, de 28 de octubre, no podría dar lugar a una comisión, pues no hay servicio o gasto que retribuir.

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 2001, 14 julio 2009, 22 abril 2015 y 3 junio 2016) 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 2011, es “ sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones... ”. 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 ”.

**TERCERO.-** La presente controversia pasa, antes de resolver el fondo y directamente relacionado con él, por analizar y resolver la excepción de prescripción formulada por la demandada, Para resolver la excepción que nos ocupa, procede partir de las siguientes consideraciones:

1.- El instituto de la prescripción, en su modalidad de prescripción extintiva, constituye un modo de extinción de los derechos por la inacción del titular de los mismos durante el tiempo determinado por la ley; debiendo ser objeto de una interpretación restrictiva por no estar inspirado en los principios de la justicia intrínseca sino en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos (SS. TS 20-10-88 y 31-10-1995, entre otras).

2.- Con relación al cómputo del plazo y concretamente a la determinación del momento exacto del inicio del plazo prescriptivo, se trata de una cuestión capital y de las más dificultosas que plantea la prescripción extintiva, siendo que todo lo relacionado con el señalamiento, en la práctica, del día inicial del plazo perceptivo se ve fuertemente influenciado por la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre la necesidad de aplicar la prescripción de manera restrictiva ( SSTS 17 diciembre 1979, 22 diciembre 1999 y otras). Consecuentemente con ello, en la STS de 10 marzo 1989, se afirma que “la aplicación no rigorista de la prescripción alcanza su más genuina expresión precisamente en el extremo relativo al término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino (...) en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio”. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado como doctrina que la carga de la prueba del día en que ocurrió el hecho a partir del cual comienza a correr el plazo debe ser soportada por el demandado que es quien alega la prescripción (SS 5 diciembre 1970, 21 de diciembre de 1974 y 20 de octubre de 1993) y que en los supuestos en que la apreciación de los daños se dilata a lo largo del tiempo o solo más tarde se descubre su existencia o se calibra su exactitud dimensión y alcance el inicio del plazo de prescripción se produce desde que este es conocido por la persona perjudicada ( SS. 24 de junio y 20 de octubre de 1.993).

3.- Con relación la interrupción de la prescripción, conforme al art. 1973 CC, la reclamación extrajudicial, es medio interruptivo de la prescripción, permitiéndose una interpretación finalista y amplia de las causas interruptivas, al comprender actos inequívocamente expresivos de una voluntad conservativa incompatible con la dejación propia de la prescripción. La actuación interruptiva ha de producirse entre los sujetos de la relación jurídica a quienes respectivamente perjudica y favorece la prescripción, de forma que, en principio, la reclamación extrajudicial debe proceder del titular del derecho (SSTS. 10.3.1983, 20.6.1994,...) y ha de dirigirse frente al deudor, aunque los titulares pueden serlo, no solo los sujetos originarios, sino también sus causahabientes, subrogados o cesionarios, si bien no es necesaria su personal intervención, y cabe el mandato representativo aunque sea verbal, e incluso por mandatario tácito (SSTS. 10.10.1972, 10.3.1983, 22.9.1984, 15.3.1994, ...). La jurisprudencia viene entendiendo que la sola prueba procesal del «animus conservandi» por parte del titular de la acción no es suficiente para estimar excluidas las consecuencias ligadas a su inactividad durante el tiempo de la prescripción. Así, la voluntad conservativa del derecho en orden a interrumpir la prescripción exige su exteriorización,

manifestación o constatación dentro del plazo de que se trate, de forma que resulte suficientemente evidenciada ante el sujeto a quien favorecería la prescripción. En concreto, la jurisprudencia ha exigido que esa voluntad «se manifieste» - STS de 9 de diciembre de 1983 -; que «aparezca clara» -STS de 12 de mayo de 1994 -; «suficientemente manifestada» -STS de 6 de noviembre de 1987 -; o 30 de septiembre de 1993 -; o que «se patentice clara y fehacientemente» -STS de 7 de julio de 1983 -; habiendo declarado además la STS de 13 de octubre de 1994- que «el acto interruptivo de la prescripción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización». Aún más terminante se manifiesta la STS, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1994 al señalar que «... la declaración de voluntad en que consiste la reclamación extrajudicial a la que el art . 1973 CC reconoce la virtud de interrumpir la prescripción extintiva, tiene naturaleza recepticia, por lo que debe ir dirigida al sujeto pasivo y recibida por éste. (Audiencia Provincial de Málaga, sec. 5ª, S 9-3-2006).

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una reclamación de cantidad que encuentra fundamento en el contrato de cuenta corriente bancaria que no consta en las actuaciones al no haber sido aportado por ninguna de las partes. La actora reclama por el cobro indebido de comisiones por descubierto desde mayo de 2002. La parte demandada interesa la aplicación del plazo prescriptivo previsto en el artículo 1964 Código Civil en su apartado 2º que establece que: Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

El actor interesa la aplicación de la norma del art. 1964.2 CC que regula el plazo de prescripción de las acciones personales, antes de la modificación operada por la Ley 42/2015 y que establecía, en su redacción anterior a la reforma, un plazo de prescripción de quince años, que resulta de aplicación de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015 que remite al artículo 1939 del Código Civil que dispone que: “La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.

En el presente caso se reclaman cantidades devengadas por comisiones desde mayo de 2002, por la actora se procedió a interrumpir la prescripción conforme a lo dispuesto en el art. 1973 CC, remitiendo a la demandada reclamación extrajudicial con fecha 22 de mayo de 2014, como se acredita con los documentos 3 a 6 de la demanda, antes de que el plazo de quince años hubiera transcurrido.

Por todo lo que procede desestimar la excepción de prescripción formulada por la demandada.

**CUARTO.-** Haciendo aplicación de la normativa y jurisprudencia anteriormente expuesta al caso que nos ocupa, hay que partir en primer lugar de la falta de prueba de pacto alguno sobre la comisión reclamada al no haberse aportado a las actuaciones el contrato de cuenta corriente objeto de litis, prueba cuya carga corresponde a la demandada en virtud del reparto de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC por ser hecho obstativo de la demanda. Tampoco se ha acreditado por la demandada que las comisiones cobradas obedecieran a un servicio efectivamente prestado más allá del contenido propio del contrato de cuenta corriente. No se aporta por la entidad demandada prueba alguna de esos gastos habidos y potencialmente repercutibles, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha, etc., sin que a estos efectos valga la alusión genérica a que se han desarrollado una serie de servicios.

Como sostiene la SAP de Málaga nº 241/2014, de 23 de mayo: “producido el impago de un efecto descontado, el mero hecho de la comunicación de este hecho por el banco al descontatario no comporta la realización de un nuevo servicio ajeno al propio contrato de descuento y cobro de efectos, que ya tiene su justa retribución en los intereses y comisiones de gestión o de cobro expresamente pactadas en dicho contrato. Lo que provoca que el percibo de comisiones por devolución de efectos carezca de causa que le dé cobertura jurídica, en los términos previstos en el art. 1.274 CC”

En el mismo sentido la SAP Sevilla, Secc. 8ª, 10 mayo(sic) 2011, 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 ”

Finalmente y en relación con la cuestión de la incompatibilidad de la comisión de descubierto con la exigencia del interés moratorio, se pronuncia la ya aludida SAP de Álava, Sección 1ª, nº 411/2016, de 30 de diciembre que, haciendo un repaso de la denominada “jurisprudencia menor”, dice: “Así la SAP Salamanca, Secc. 1ª, 9 febrero 2009, 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, 8 marzo(sic) 2010. La SAP Jaén, Secc. 1ª, 3 mayo 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”. (...) En atención a todo lo anterior, acreditado mediante los documentos uno y dos de la demanda que la entidad demandada ha cobrado en concepto de comisiones la suma de 2.711,74 euros no

constando pacto alguno al respecto, procede estimar la demanda y condenar a la entidad Banco Santander, SA a abonar a la actora la suma de dos mil setecientos once euros con setenta y cuatro céntimos de euro, más los intereses legales devengados por la referida suma incrementados en dos puntos porcentuales desde el dictado de la presente resolución hasta su completo pago, por determinación el artículo 576 LEC.

**QUINTO.**- La estimación íntegra de la demanda comporta la condena de la demandada al pago de las costas procesales causadas, por aplicación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso que nos ocupa,

### **F A L L O**

QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por El/la Procurador/a, Sr/a. XXXX, en nombre y representación de D. XXXX, contra la mercantil BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador, Sr. XXXX, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la referida demandada a pagar a la actora suma de dos mil setecientos once euros con setenta y cuatro céntimos de euro (2.711,54 €). Ello con expresa condena en costas a la demandada.

Esta resolución es firme, y contra la misma no cabe recurso de apelación (art. 455.1 LEC).

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a la causa de su razón, la pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. MAGISTRADA- JUEZ que la ha dictado constituido en audiencia pública. Doy fe.