



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2
LEON**

SENTENCIA: 00022/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000081 /2020

Procedimiento origen: /
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. DANIEL GONZALEZ NAVARRO
DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

León, a 21 de enero de 2021.

DOÑA _____, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de León, y su Partido, ha visto los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 81/2020**, seguido entre partes, de una como actora _____, representada por la Procuradora _____ y asistida del letrado Daniel González Navarro, y de otra como demandada **BANCO SANTANDER S.A.** asistida del letrado _____ y por su procurador _____, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora _____ en la representación que anteriormente se menciona, se presentó escrito de demanda, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando se dicte en su día sentencia por la que:

“CON CARÁCTER PRINCIPAL

I. DECLARE la NULIDAD de la cláusula contractual de comisión por reclamación de posición deudora o exceso/ comisión descubierto/comisión saldo mayor descubierto, que ha sido aplicada a mi mandante, ya conste en el contrato original o en las condiciones generales de la cuenta por abusiva; así como, demás cláusulas abusivas contenidas en el título, apreciadas de oficio; con los efectos restitutorios que procedan; más intereses legales y costas debidas.

II. CONDENE a la entidad crediticia demandada a que devuelva a mi mandante la cantidad pagada por éste, en virtud de las cláusulas declaradas nulas; más intereses legales y costas debidas.

CON CARÁCTER SUBSIDIARIO

I. CONDENE a la entidad financiera demandada a que devuelva a la parte actora la cantidad de 6.147,98 €, por el cobro de lo indebido o por incumplimiento contractual; más intereses legales y moratorios, y costas debidas”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las partes a fin de que se personen y contesten a la demanda en el término legalmente establecido solicitando éstas la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.- Se procedió a la celebración de la Audiencia Previa y se inició la fase de proposición de prueba y admisión, previa declaración de pertinencia, resultando ser únicamente prueba documental por lo que, realizadas las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la Procuradora , en nombre y representación de se ejercitan acciones sobre nulidad de cláusulas de la contratación contra Banco Santander S.A. que se han sustanciado en el presente procedimiento. De forma muy sucinta, la actora se remite a sus contratos de cuenta corriente y depósito a la vista con la entidad, uno de ellos ya cancelado y terminado en ***7107 y otro de ellos aún vigente terminado en ***8811, sin poder aportar los contratos, que la demandada no les ha facilitado. A la vista del contenido de un contrato genérico de dicha

entidad, solicita la declaración de nulidad de las cláusulas de comisiones.

La parte demandada entiende que las cláusulas de comisiones cuya nulidad solicita la demandante son de distinta naturaleza y, en todo caso, resultan válidas.

SEGUNDO.- No deja de resultar difícil, si no imposible, declarar la nulidad de un clausulado cuyo contenido no se ha podido examinar debido a la falta de aportación de ambas partes del contrato. Sin embargo, la parte demandante ha solicitado que la demandada fuera requerida para la entrega de dicho documento, sin que ésta última lo haya realizado pese a haber transcurrido más de un año. Por ese motivo, de conformidad con el art. 329 LEC, debo dar valor probatorio del contenido de las cláusulas a la versión que del contenido del contrato y las cláusulas ha otorgado la parte demandante y conforme a las mismas se decidirá la presente. Tal consideración se acompaña también de otras evidencias, más allá de la mera versión de la demandante, como son los extractos aportados de dichas cuentas que acreditan la existencia de tales cláusulas.

TERCERO.- Comisión por descubierto.

La cláusula objeto de la demanda establece: "los descubiertos devengarán la comisión identificada en dichas condiciones, sobre el mayor descubierto contable producido en el periodo de liquidación". El contenido de dicha cláusula resulta claramente abusivo en la fase previa de control de incorporación.

El control de incorporación o de inclusión busca comprobar que la adhesión se ha producido con mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente. A este particular control se refieren los arts. 5 y 7 LCGC, como recuerda la STS 564/2020, de 27 de octubre, en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación, y en el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. En la práctica se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (sentencias 314/2018, de 28 de mayo, y 57/2019, de 25 de enero).

Pues bien, es en este primer examen de incorporación donde se advierte que esta cláusula difícilmente ha cumplido con el art. 7 en cuanto a la cognoscibilidad de dicha cláusula. La parte demandada ha omitido toda prueba, cuando debería haber acreditado la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido (cuestión propia del control de transparencia). En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

En primer lugar, la parte demandada no ha probado en momento alguno que el contrato de dichas cuentas fuera facilitado a la parte demandante, lo cual es un claro indicio de que el adherente no tuvo ninguna oportunidad real de conocer el clausulado al tiempo de la celebración del contrato. Es más, se desconoce incluso si figura su firma en el contrato. En todo caso, no consta incorporada en negrita de manera que la parte pudiera tener conocimiento de la existencia del gravamen.

A esto debe sumarse que la cláusula no supera el control de transparencia material por cuanto tampoco la consumidora pudo conocer al tiempo de la contratación la trascendencia jurídico-económica real de dicha cláusula. La cláusula establece, explicado con otras palabras más ejemplificativas, que si durante el periodo de liquidación los descubiertos varían entre varias cantidades, con independencia del tiempo que dure ese descubierto, se acudirá al de mayor cuantía para aplicar esta cuantía a la totalidad del periodo y, con ello, aplicar la comisión correspondiente.

Respecto al juicio de abusividad, en virtud del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 82.1 del TRLGU, tampoco supera dicho control debiéndose calificar como abusiva en cuanto que se trata de una estipulación no negociada individualmente ni consentida expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causa un perjuicio al consumidor y usuario que parte de un claro e importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (STJUE 26 de enero de 2017, Banco Primus y STS 597/2020 de 12 de noviembre, FJ 5º.2, a .5). Debe además, añadirse, que el contenido mismo de la cláusula reproduce el contenido del art. 87.5: "5. *Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o*

servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva", cual es el caso, y que, en consecuencia, acompañada de la mala fe -ningún consumidor en el marco de una negociación individual aceptaría una cláusula tal- debe considerarse abusiva.

Como consecuencia de la nulidad de dicha cláusula, procede la devolución de todas las cantidades cobradas en virtud de la misma en virtud del art. 1.303 CC, con los intereses correspondientes.

CUARTO.- Gastos por petición de reembolso de posición deudora.

La misma cláusula 7 aportada por la demandante indica que "los descubiertos que sean autorizados por el banco serán exigibles y deberán ser reintegrados sin previo requerimiento". Se presume que, con base en dicha cláusula, la demandada cargó en las cuentas de la demandante determinadas cantidades fundamentadas en requerimientos practicados para el reintegro de dichas cantidades.

La STS de 25 de octubre de 2019 (nº 566/2019), examinaba una cláusula por posición deudora indicando al respecto:

"1.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de

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

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17 , Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen". (...)

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados)".

Sin embargo, en opinión de esta juzgadora a la vista de esta cláusula, lo verdaderamente relevante es que a través de la misma se produce un cambio de la naturaleza del contrato meramente a través de la voluntad del banco y sin que juegue ningún papel la voluntad del consumidor. La naturaleza del contrato entre las partes, cuyo nomen iuris en este caso es plenamente coincidente, es tener una cuenta dedicada al ahorro, es decir, una cuenta que registra las cantidades que

el cliente deposita, que suponen para éste un activo y, por el contrario, un pasivo para el banco. El hecho de que se produzca un descubierto con dicha cláusula cambia la naturaleza del contrato que deja de ser un depósito para pasar a ser un préstamo con intereses sin que la voluntad del consumidor haya jugado papel alguno. A través de esta cláusula, únicamente el banco tiene el dominio sobre el cambio de naturaleza, sin que resulte relevante la voluntad del cliente, el cual, por ejemplo, pudiera preferir la devolución de un recibo por falta de saldo mejor que el cargo en cuenta en descubierto.

Por otra parte, tampoco cabría hablar aquí del valor de la aceptación tácita por parte del consumidor, por el mero hecho de haber consentido dichos cargos. Lo cierto es que el banco, por una voluntad propia y sin consultar al cliente ha permitido cargos en la cuenta en descubierto. No consta una actuación en su favor por parte del cliente que permitiera inferir cualquier aquiescencia o acto propio, sino que los sucesivos cargos en negativo en la cuenta del cliente generaban sucesivamente una situación de mayor endeudamiento incompatible con un control financiero por parte de éste con volver a situar la cuenta en la naturaleza de la que no debió salir, esto es, un depósito para el ahorro.

En definitiva, por cuanto dicha cláusula supone un cambio de naturaleza del contrato prescindiendo de la voluntad del cliente pero teniendo en cuenta la voluntad del banco, generando, a partir de ese momento, un beneficio exclusivo para el banco a través del cobro de intereses, pero no para el cliente, nos encontramos ante una situación de asimetría en un contrato de condiciones generales de la contratación. Indudablemente, a la vista de las desventajas que supone para el cliente sin riesgo para la entidad bancaria que tiene la decisión sobre la situación, sin duda presidido por la mala fe. Tenemos así una cláusula abusiva de conformidad con el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 82.4 del TRLGU.

Las consecuencias de dicha abusividad y nulidad es la restitución de las cantidades y sus intereses desde el momento en que fueron indebidamente percibidas de conformidad con el art. 1.303 CC.

Como mero apunte, el hecho de que la entidad bancaria afirme haber realizado llamadas o haber contratado una empresa para el recobro de la cantidades no acredita que se hubieran hecho gestiones en este caso concreto, lo cual, declarada la cláusula nula, no tiene tampoco más trascendencia.

QUINTO.- Al estimarse íntegramente la demanda las costas serán de cargo de la parte demandada en virtud del principio del vencimiento objetivo recogido en el artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Puerta Lozano en nombre y representación de
contra BANCO SANTANDER S.A.,

- I. DECLARO la NULIDAD de la cláusula contractual nº 7 de los contratos de cuenta corriente y depósito a la vista entre las partes y, en concreto, la comisión por reclamación de posición deudora o exceso/ comisión descubierto/comisión saldo mayor descubierto, con restitución de las cantidades generadas por dicho concepto y sus intereses legales.
- II. Se imponen las costas a la parte demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de León en el plazo de veinte días desde su notificación, previa consignación en la cuenta del expediente de la tasa correspondiente.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgada en Primera Instancia lo pronuncio, mando y firmo.