

**JDO. 1A. INSTANCIA N. 3  
INCA**

**JVB JUICIO VERBAL 0000390 /2021**

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

**S E N T E N C I A n°265**

En Inca, a diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto por mi Dña. M<sup>a</sup> , Magistrado-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Inca, las presentes actuaciones, JUICIO VERBAL 309/2021, seguidas a instancia de , frente al BANCO SANTANDER, dicta la presente resolución en base a los siguientes,

**H E C H O S**

**Primero.-** En este órgano judicial se admitió a trámite demanda de JUICIO VERBAL 390/21, seguido a instancia de , frente al Banco Santander, en reclamación de la cantidad de 1.780,98 euros en concepto de comisiones cobradas de manera automática en la cuenta corriente que tiene abierta en la citada entidad.

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda, mediante Decreto de fecha 8 de julio de 2021, se dio traslado de la misma a la demandada para que contestara, contestando en plazo por la alega que no habiendo sido solicitada la nulidad del contrato o de alguna de las cláusulas, la deuda no existe al haber sido admitidas las comisiones con la firma del contrato y el pago de las comisiones.

**Tercero.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda, se dio traslado a la actora, y no habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista quedaron los autos para sentencia.

**Cuarto.-** En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido todos los trámites legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

**Primero.-** Ejercita la parte actora acción de reclamación de cantidad derivada del cobro automático y sin previo aviso de unas comisiones por saldo deudor y por reclamación de saldo deudor en la cuenta de la que es titular en la entidad bancaria demandada, por un importe total de 1.780,98 euros, generados en el periodo comprendido entre julio de 2006 a marzo de 2020.

La demanda niega la deuda y alega que no habiendo solicitado la nulidad de las cláusulas de las que deriva la deuda, no procede estimar la demanda ya que la actora pactó y acepto las cláusulas expresas que previenen la aplicación de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, las acepto tácitamente desde el primer pago de las mismas en el año 2012.

La entidad demandada acompaña con su escrito de contestación copia del contrato "Cuanta Dia a Dia" suscrita entre las partes en el año 2005, cuyo apartado Quinto se recoge "Descubiertos en cuenta", en la que se establece: 1.- que cada gestión de reclamación de posiciones deudores supondrá un cobro de 39,00 euros, una sola vez por cada descubierto, 2.- un interés nominal anual en descubierto a favor del Banco del 7,25%, y 3.- que los descubiertos devengarán una comisión de descubierto del 5%, que se cobrará sobre el mayor descubierto contable producido en el periodo de liquidación, con un mínimo de 15 euros.

**Segundo.-** La primera cuestión que se plantea es si es posible controlar de oficio la validez de la citada cláusula de intereses moratorios, comisiones y cláusula de vencimiento anticipado y si ello es compatible con los principios dispositivos y de aportación de parte.

La posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses moratorios a la hora de admitir la demanda en el proceso de ejecución ya ha sido recogida por la Audiencia Provincial de Baleares en auto de fecha 23 de enero de 2012.

Y así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 4 de junio de 2009 señaló que: "El Juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una

cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello”.

Y en la sentencia de fecha 14 de junio de 2.012 ha señalado que la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1.993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el Juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aún cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio- in limine litis- en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, así como que el artículo 6 apartado 1º, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que atribuye al Juez nacional cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Finalmente, la STJUE de 30 de mayo de 2013 (*Asbeek, De Man y Jahani BV*, C-488/11, apartado 41), colige que “el papel que el Derecho de la Unión atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en especial, las sentencias antes citadas *Banco Español de Crédito*, apartado 43, y *Banif Plus Bank*, apartado 23)”.

De lo anterior se desprende tanto la obligación que tiene el Juez nacional de examinar de oficio in limine litis, el carácter abusivo de una condición general en contratos celebrados con consumidores si se dispone de elementos de hecho o de derecho necesarios para ello y la imposibilidad de moderar dicha cláusula debiendo únicamente dejarla sin efecto y ello teniendo en cuenta la fuerza vinculante para el Juez Nacional de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

*Por último, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley*

*General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE no 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.*

*A tenor del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 :*

*1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*

*2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.*

**Tercero.-** En el supuesto litigioso, la cláusula quinta, descubiertos en cuenta, se trata de una cláusula penal indemnizatoria que no ha sido negociada individualmente, en el sentido del art. 82, apartado primero, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual *“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”.*

De este modo, ha de convenirse que la cláusula mencionada forma parte integrante de un contrato de adhesión, en el que el contratante-consumidor conservó la libertad de contratar, mas no su libertad contractual para negociar las cláusulas o condiciones generales incorporadas al contrato citado, no pudiendo aquél, como afirma la STS de 28 de noviembre de 1997, negociar o influir en su determinación, deviniendo, por tanto, impuesta, en el sentido del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a través de condiciones generales que no admiten negociación, sino solo su aceptación por el particular y concreto consumidor, conforme resulta de la realidad social y de la praxis contractual usual en el tráfico bancario.

El TS entiende que la contratación adhesiva no es por sí fuente automática de nulidades, sino que, una vez constatada la falta de negociación individual, la abusividad y, por ende, nulidad del contrato o parte del clausulado, ha de resultar de un examen o control del contenido, en cuya práctica han de seguirse dos criterios, cuales son, por una parte, la inclusión de la concreta cláusula en el listado de cláusulas abusivas contenidas en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, añadida por la Ley 7/1998, hoy artículos 85 a 90 del RDLeg. 1/2007, especialmente el art. 85, párrafo 6, que dice que son abusivas "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", y, por otra, la cláusula general de abusividad del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, hoy artículo 82.1 del RDLeg. 1/2007, antes aducido, según la que ha de reputarse abusiva toda cláusula que "en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", desequilibrio que habrá de valorarse, con arreglo al art. 82.3, "teniendo en consideración 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".

En suma, ha de verificarse un juicio de proporcionalidad de la cláusula por descubierto en cuenta establecida en el contrato controvertido, con el objeto de determinar si la misma implica efectivamente la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario, o le causa, en su perjuicio, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, habiendo de tenerse en cuenta el criterio interpretativo de la Directiva 93/13 CEE sentado por la doctrina del TJUE, lo preceptuado en la disposición transitoria primera de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, por la que se modifica la citada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según la que "los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta Ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho", lo dispuesto por el art. 83.1 del RDLeg. 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, precepto que dice que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas" e, igualmente, el art. 8.2 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, norma que determina que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

**Cuarto.-** Resultando, ante el incumplimiento de una obligación contractual, por su propia condición de cláusula indemnizatoria, tiene una finalidad disuasoria o coercitiva, en todo caso debe guardar cierta proporción con las prestaciones de las partes objeto del contrato incumplido. De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1998 declara que "la cuantificación de éstos es posible pactarla, pero este pacto debe ser acomodado al equilibrio patrimonial, que en el presente caso se manifiesta enormemente desproporcionado", declarando que "se puede afirmar que todo lo previsto para el caso de impago tiene la naturaleza de cláusula penal, y el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere -artículo 1154 del Código Civil". Por otra parte, es doctrina constante del Tribunal Supremo que a los intereses moratorios ni se les puede aplicar la Ley de 23 de julio de 1908, relativa a los contratos de préstamo, pues no son intereses usurarios, ni el artículo 1154 del Código Civil, en tanto que no integran propiamente una cláusula penal, sin perjuicio de la facultad moderadora que pueda articularse en materia de consumidores y usuarios, al amparo del artículo 83.2 del RDLeg. 1/2007, de 16 de diciembre.

La cláusula quinta establecida en el contrato de autos, resulta desproporcionada con respecto a las concretas prestaciones de las partes, al alterar claramente el equilibrio patrimonial del contrato en perjuicio del consumidor.

**Quinto.-** Respecto al hechos de que la actora haya ido pagando las comisiones por descubierto que le han ido cobrando automáticamente en su cuenta corriente, no hace que la cláusula quinta deje ser abusiva.

En relación a la improcedencia de su cobro por el mero hecho de producirse un descubierto, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 21 del 27 de Septiembre del 2011 (R. 284/2009) que establece que «El concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta e la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, la comisión bancaria de devolución no responde a ningún nuevo servicio efectivamente prestado, por lo que su devengo carece de causa y justificación. El efecto se entrega al banco en

gestión de cobro, y ello puede generar correctamente una comisión. El resultado de esa gestión puede generar o que el efecto se pague, en cuyo caso el banco tiene que efectuar un abono en la cuenta del cliente, o que se impague, en cuyo supuesto el banco tiene que devolver el efecto entregado en gestión de cobro al cliente, sin que ello suponga ningún nuevo servicio sino la culminación de la gestión de cobro encargada y por la que ya se percibe una comisión; o como expresa la sentencia de 18 de enero de 2000 de la Sección 12ª de esta Audiencia Provincial, al haber percibido el Banco una retribución por su gestión de cobro, en la misma deben considerarse englobados todos los actos precisos, incluso la restitución al cliente del cheque impagado, debiendo considerarse que dicha devolución del efecto y la notificación de su falta de pago es simplemente la dación de cuenta a que viene obligado todo mandatario o comisionista en base a lo establecido en el artículo 1720 del Código Civil en relación con los artículos 250, 260 y 263 del Código de Comercio, por lo que no puede ser calificada la actuación del banco como servicio nuevo ni diferente.".../... Este mismo criterio se ha seguido por otros Tribunales, aunque conocemos que la doctrina de éstos dista de ser uniforme, pudiendo citarse al efecto las sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1999, de la Sección 6ª de La Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de abril de 2000, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de marzo y 19 de septiembre de 2000, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de noviembre de 2000, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de mayo de 2002, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de julio de 2007, de las Secciones 4ª Y 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fechas 17 de octubre de 2008 y 14 de abril de 2009 respectivamente, y de la Audiencia Provincial de Salamanca de 8 de febrero de 2010. Por lo que atañe a esta Audiencia Provincial de Madrid, el anterior criterio se ha seguido por la mayoría de las Secciones; así la Sección 8ª en sentencias de 24 de enero y 11 de julio de 2011, la Sección 10ª en sentencia de 11 de marzo de 2008, la Sección 12ª en sentencias de 18 de enero de 2000 y 19 de abril de 2005, la Sección 14ª en sentencia de 14 de enero de 2009, la Sección 18ª<sup>3</sup> en sentencia de 10 de mayo de 2000, y la Sección 19ª en sentencia de uno de abril de 2011 (en sentido contrario la Sección 25ª en sentencia de 21 de mayo de 2008)". En similar sentido, es relevante el criterio mantenido por la doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre la comisión de devolución, que aún en el hipotético supuesto de que las comisiones de descubierto, de devolución o de impago supusieran la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado, ésta deberá consistir en una

cantidad fija y establecida previamente con carácter de máximo, no siendo aceptable para el Banco de España que se cobre como un porcentaje sobre el nominal del efecto devuelto, y rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que las justifique y por contravenir el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU EDL 1984/8937, al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos (en palabras de la Circular del Banco de España 81/1990, de 7 de septiembre)».

Tal doctrina es plenamente aplicable al supuesto de la presente reclamación pues no se alega ni acredita la existencia de servicio ni gestión de ninguna clase que haya supuesto la efectiva prestación de un servicio o generación de un gasto, sin que desde luego pueda considerarse como tal el apunte contable que de forma automatizada se produce en la cuenta de la actora en aplicación del programa informático correspondiente.

Además, conforme las disposiciones antes citadas de la legislación de protección y defensa de los consumidores y usuarios, la nulidad del cobro de las comisiones citadas ha de ser apreciada de oficio, al ser nulas de pleno derecho y contravenir la normativa imperativa de protección a los consumidores.

Por todo lo anterior, se reclama abusiva y por ende nula la cláusula relativa al pago de comisiones por descubierto, cláusula quinta.

**Sexto.-** De conformidad con lo que dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la parte demandada.

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

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

- 1.- **Se ESTIMA** la demanda interpuesta por  
frente a BANCO SANTANDER.
  
- 2.- **Se declara nula** por abusiva la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes, y **se condena** a la entidad BANCO SANTANDER a pagar a la actora la cantidad de 1.780,98



euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

**3.-** Con imposición de costas a la parte demandada.

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