

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

BANCO SANTANDER, S.A.

Abogado:

Francisco De Borja Virgos De
Santisteban

Procurador:

SENTENCIA

En Puerto de la Cruz, a 9 de junio de 2023

Vistos por D^a. _____, Sra. MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción nº 1 de Puerto de la Cruz, los presentes autos del Juicio Verbal seguidos ante este Juzgado bajo el número 100/2023, a instancia de D. _____, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. _____ contra Banco Santander, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 27 de febrero de 2023, la representación procesal de D. _____ presentó demanda de juicio verbal, con arreglo a las prescripciones legales, contra Banco Santander, S.A., en reclamación de la cantidad de 3.310,72 € de principal, más los intereses legales y moratorios, con imposición de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se procedió a dar a la parte demandada traslado de la misma y de los documentos que la acompañaban, emplazándola para que contestase dentro del plazo legalmente previsto.

TERCERO.- La parte demandada presentó contestación en tiempo y forma; no habiéndose interesado por las partes la celebración de la vista, que no se considera necesaria, quedó el pleito visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento tiene por objeto determinar si procede la reclamación de cantidad que la parte actora realiza frente a la parte demandada, a la que reclama la

devolución de la cantidad de 3.310,72 €, en concepto de comisiones cobradas. De esta forma, se alega en la demanda que el actor suscribió con Banco Santander, S.A., un contrato de apertura de cuenta corriente n.º y que desde el inicio del contrato, la entidad demandada ha venido cobrando al demandante, sistemáticamente y de forma automatizada mediante sus equipos informáticos, diferentes comisiones, por reclamación de saldo deudor y también en concepto de “intereses comisiones por operaciones de préstamo”. Se alega por el actor que la entidad bancaria en ningún momento ha procedido a solicitar la regularización del descubierto en cuenta; y tampoco ha prestado servicio alguno que justifique el cobro de dichas comisiones, menos aún un servicio aceptado por el cliente. El cobro de tales comisiones se ha realizado de forma automatizada, a través de equipos informáticos, sin que haya supuesto el saldo deudor en cuenta gasto alguno para la entidad demandada, que haya de subsumirse en el concepto indebidamente cobrado.

El Sr. Afonso sostiene que, en fechas de 18 de marzo y 7 de junio de 2021, presentó dos reclamaciones ante el Servicio de Atención al Cliente de la demandada, solicitando la devolución de las comisiones indebidamente cobradas, sin obtener resultados positivos.

Y alega que el descubierto en la cuenta ya está penalizado con intereses, or lo que la comisión aplicada penaliza al cliente por el mismo hecho, de forma repetida y desproporcionadamente alta; la conducta obstruccionista de la entidad bancaria ha sido constante, negándose a dar información al actor; y el cargo no responde a costes de una actuación concreta de la entidad bancaria, ya que la reclamación está automatizada por equipos informáticos, no respondiendo a la prestación de servicio alguno.

Frente a tales pretensiones, la entidad demandada reconoce la existencia del contrato de cuenta corriente, que el actor suscribió en 2006 con la entidad Banco Español de Crédito, S.A., que fue absorbido por Banco Santander, S.A., siendo así que dada la antigüedad del mismo no se pudo localizar el contrato original, el cual fue sustituido por el de 16 de mayo de 2017, que aporta como documento 2.

La demandada alega la prescripción de la acción que se ejercita, por transcurso del plazo previsto en el art. 1.964 del Código Civil y sostiene que ha prescrito la acción para reclamar la devolución de los cargos efectuados desde diciembre de 2006 hasta el 4 de marzo de 2016, por importe de 1.651,72 €.

En cuanto a los hechos, alega que no es cierto que no hubiese efectuado gestiones para reclamar al actor la regularización de los descubiertos, aportando a efectos acreditativos, como documentos 3 y 4, un cuadro excel con las llamadas realizadas con el objeto de dicha gestión, así como un bloque documental de ejemplo de remisiones al cliente de reclamaciones de regularización de descubiertos, existiendo otros anteriores que no han podido ser localizados.

La parte sostiene asimismo que el actor ejercita, según se desprende de la fundamentación jurídica de su demanda, una acción por cobro indebido o por incumplimiento contractual, siendo así que no ha alegado ni solicitado que se declare la nulidad de la cláusula del contrato que regula la comisión aplicable en caso de descubiertos, siendo dicha declaración un presupuesto necesario para la viabilidad de la reclamación de devolución de cantidad, ya que, de no declararse la nulidad de la condición contractual, el cobro de la comisión se ajustaría a lo pactado, no existiendo por tanto incumplimiento contractual o cobro de lo indebido; en consecuencia, procede desestimar la acción.

Por último, mantiene la validez y eficacia de la cláusula que regula la indicada comisión, que responde a un servicio efectivamente realizado, siendo una cláusula plenamente transparente y de fácil comprensión, que tiene su causa o justificación en las gestiones que ha de realizar el banco para reclamar las posiciones deudoras, de modo que cumple la exigencia de reciprocidad del art. 87 TRLDCU, teniendo el banco derecho a cobrar una comisión moderada por tales gestiones, estando reconocidas este tipo de comisiones por el Banco de España y la doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO.- Se ejercita por la parte actora la acción de reclamación de cantidad por cobro de lo indebido, en conexión con la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios y con la normativa reguladora de las entidades de crédito.

No existe discrepancia entre las partes sobre la existencia del contrato de cuenta corriente, ni en relación a los cargos efectuados por la entidad bancaria en la cuenta del demandante en concepto de comisiones, de acuerdo con el cuadro que se integra en la demanda, que no ha sido discutido de contrario.

Las partes discuten sobre la prescripción de la acción ejercitada y sobre su procedencia; y opone además la parte demandada que el actor no ha solicitado la declaración de nulidad de la cláusula que regula la comisión aplicable en caso de descubiertos, por lo que no puede prosperar su pretensión, al ajustarse los cargos realizados a una cláusula contractual vigente y válida.

A los fines de economía procesal, cabe examinar de oficio la validez y eficacia de dicha condición contractual, siendo así que esta facultad de examen de oficio viene reconocida en la normativa sobre protección de los derechos sobre consumidores y usuarios, habiendo sido expresamente establecida por el Tribunal de Justicia Europeo (Sala Primera) en su Sentencia de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito SA contra . Petición de decisión prejudicial: Audiencia Provincial de Barcelona - España. Directiva 93/13/CEE - Contratos celebrados con consumidores - Cláusula abusiva de intereses de demora - Proceso monitorio - Competencias del órgano jurisdiccional nacional), así como por la jurisprudencia y la legislación nacional.

Cabe por tanto, analizar la Condición Particular Sexta del contrato de 16 de mayo de 2017, aportado como documento 2 de la contestación (que sustituyó al anterior de 2006) y que determina, para cuando haya descubiertos en cuenta, que los mismos devengarán diariamente intereses a favor del banco, amén de que se aplicará una comisión de descubierto del 4,50% en contraprestación de la concesión del crédito, con un mínimo de 18 €; además de lo anterior, y por lo que interesa a este pleito, se prevé la aplicación de una comisión de gestión de reclamación de posiciones deudoras, por importe de 39 €, que se aplicará por la gestión de reclamación de cada descubierto y que *se devengará, liquidará y deberá ser pagada una sola vez por cada descubierto.*

A la vista del contenido de la cláusula contractual y en aplicación de la doctrina jurisprudencial y de la normativa comunitaria y española sobre protección de consumidores y usuarios, cabe declarar la nulidad, por abusiva e improcedente, de la condición sobre Comisión por Gestión de reclamación de posiciones deudoras que se fija en el contrato

concertado, por cuanto que no consta documento o prueba indiciaria alguna de que tal situación comporte gasto alguno para la entidad bancaria contratante, conforme a lo previsto en el art. 87.5 y 89.5 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El art.10 LGDCU, vigente a la fecha de suscripción del contrato, establece que las condiciones que con carácter general se apliquen a la venta de productos deberán cumplir el requisito de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye los incrementos de precio por penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial (entre otras, resoluciones de fechas 22 de abril de 2014 y 13 de marzo de 2015 dictadas por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa), declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora".

Cabe establecer que los documentos 3 y 4 de la contestación a la demanda resultan insuficientes, desde el punto de vista probatorio, para acreditar que la entidad demandada realizó, en el caso de autos, actuaciones concretas para la reclamación de las posiciones deudoras y, lo que es especialmente relevante, que tales actuaciones comportaron un gasto que justifique la aplicación de una comisión por importe de 30 € por cada descubierto.

En este sentido, ha de estarse a lo fijado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 566/19, de 25 de octubre, en la que precisamente se trata la abusividad de la comisión de reclamación de posiciones deudoras, y en la que se establece que la que es objeto de este enjuiciamiento- empleada por Kutxabank- no cumple las exigencias del Banco de España para este tipo de comisiones, porque prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Tampoco discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir *in situ* al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

La STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, *Gyula Kiss*) ha establecido, respecto de los gastos que puede conllevar un contrato de préstamo, que el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen.

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, *Matei*), referida –entre otras- a una denominada «comisión de riesgo», declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

Precisamente la indeterminación de la comisión 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).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU.

Por último, la comisión de reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal, porque ni contiene un pacto de pre-liquidación de los daños y perjuicios, ni sustituye su

indemnización, que vendrá constituida por el pago de los intereses moratorios pactados (que no sean abusivos). Y si tuviera una finalidad puramente punitiva, contravendría el art. 85.6 TRLCU, según declaró la sentencia 530/2016, de 13 septiembre. Aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos que la comisión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción.

Esta doctrina es plenamente aplicable al caso de autos, siendo procedente declarar la nulidad de la condición particular sexta del contrato suscrito por los litigantes en lo relativo a la comisión de gestión de reclamación de posiciones deudoras, que se ha de tener por no puesta, con la consiguiente obligación de la entidad bancaria de devolver al demandante las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula, esto es, el importe de 3.310,72 €.

Por último, cabe añadir que, si bien es cierto que algunos órganos judiciales, entre ellos, algunas Secciones de la Audiencia Provincial de Cataluña y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias recientes, han venido distinguiendo, a los efectos de la prescripción, entre la acción de nulidad y la acción restitutoria de las cantidades abonadas, manteniendo que son acciones diferenciadas y que, mientras que la primera de ella es imprescriptible, la restitutoria está sujeta al plazo de prescripción fijado de forma genérica para las acciones personales, lo cierto es que esta juzgadora no comparte dicho criterio doctrinal, existiendo jurisprudencia contradictoria sobre esta materia, en relación a la cual aún no se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Cabe entender, como expresamente se establece en la Sentencia n.º 276/2021, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que la acción de nulidad es *imprescriptible, y su consecuencia, que es la devolución de las cantidades cobradas en exceso, ya que no es una acción independiente, sino la consecuencia legal de la estimación de la nulidad.*

En consecuencia, procede la condena de la entidad bancaria en los términos ya expuestos.

TERCERO.- Por lo que respecta a los intereses, no cabe hacer pronunciamiento al respecto, toda vez que en la presente resolución se ha declarado de oficio la nulidad de la cláusula contractual, de lo que resulta la obligación de la demandada de abonar las cantidades cobradas en su aplicación.

CUARTO.- En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte demandada y ello de conformidad con lo estipulado en el art. 394.1 de la LEC, toda vez que se ha apreciado la nulidad de la condición contractual ya descrita, con la consiguiente estimación de la reclamación efectuada por la parte demandante.

Vistas las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

SE ESTIMA la demanda planteada por la representación procesal de D.
contra Banco Santander, S.A. y SE DECLARA LA NULIDAD por abusiva de la Condición Particular Sexta del contrato suscrito por las partes, en lo relativo a la comisión de gestión de reclamación de posiciones deudoras, que se ha de tener por no puesta y SE CONDENA a la citada entidad a abonar al Sr. la cantidad de 3.310,72 €.

Las costas se imponen a la entidad demandada.

Así lo pronuncio, mando y firmo.