

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
CARAVACA DE LA CRUZ**

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000375 /2022

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA

DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA 47/2023

En Caravaca de la Cruz, a 15 de mayo de 2023.

Vistos por mí, D^a _____, Jueza del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario 375/2022, promovidos por **D.** _____, representado por el/la Procurador/a Sr./Sra. _____ y defendidos por el/la Letrado/a Sr./Sra. Pérez del Villar, contra **Banco Santander S.A.**, representado/a por el/la Procurador/a Sr./Sra. _____ y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. _____, en este juicio que versa sobre nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario en la cual solicitaba que se dictara sentencia en los términos indicados en el suplico de su demanda que se dan aquí por reproducido íntegramente.

SEGUNDO: Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada, por la cual se formuló escrito de contestación en el que solicitaba que se dicte sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas de este proceso a la demandante.

TERCERO: Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró la misma, con la presencia de ambas partes, ratificándose ambas en sus respectivos escritos de demanda y oposición, proponiendo como única prueba la documental, que resultó admitida, y solicitando que los autos quedaran vistos para Sentencia conforme art. 429.8 LEC.

CUARTO: Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Alegaciones de las partes

Ejercita la parte actora acción tendente a la nulidad de la cláusula contenida en el contrato de préstamo personal suscrito con la entidad demandada en lo relativo a: A) Clausula por comisión por descubierto; B) Clausula de gastos por petición de reembolso de posición deudora o exceso. Solicita igualmente la devolución de las cantidades percibidas por la demandada por razón de las mismas. Considera que se trata de condiciones generales de la contratación de carácter abusivo.

La demandada no niega la existencia de las cláusulas indicadas en relación al contrato al que se refiere la demanda, si bien se opone a la demanda por considerar que existió negociación entre las partes sobre las cláusula impugnadas, y que la actora fue debidamente informada de la existencia y contenido de la cláusula, no ostentando el demandante la condición de consumidor/usuario al tener la profesión de comerciante y ser las operaciones bancarias fruto de esa actividad, superando la redacción e inclusión de las mencionadas clausulas el control de contenido y de incorporación, sin que le sea aplicable el control de transparencia de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 cuando el contrato se celebra con consumidores. Además, alega retraso desleal en el ejercicio de la acción así como la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO.- El demandante no ostenta la condición de consumidor/usuario.

A este respecto es determinante el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015 el cual dispuso textualmente *“Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, **cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad.**”*

La propia STJUE citada nos da un elemento para interpretar el concepto de vinculación funcional cuando dispone *“De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, **corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado.**”*

Se podría interpretar que el TJUE no quiere considerar consumidor al avalista que obtiene un beneficio económico directo o indirecto con la operación del préstamo concedido a la empresa, ya que habla de que ha de actuar con fines privados.

Además, en el párrafo 27 del propio Auto de 19 de noviembre de 2015 dice: *“A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente **en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.**” Por ello, entiendo que **el propósito de obtener un beneficio económico con la operación no ha de ser el filtro que determine si es o no consumidor el avalista en cuestión.***

Del análisis de la documental aportada se infiere que en este caso en concreto, el demandante D. no puede, conforme a la propia jurisprudencia comunitaria, ser considerado consumidor/usuario, toda vez que el actor es un empresario individual y autónomo que durante los años 2005 a 2008 en que se devengaron las comisiones que ahora reclama, era el administrador único de varias empresas. Es así que desde el 27 de febrero de 2006 y hasta la actualidad (no consta su cese) fue administrador único de ASESORES CEHEMUR SL, dedicada al asesoramiento laboral, fiscal y contable de empresas; intermediación de seguros en forma de agencia; transporte terrestre de mercancías, con domicilio social en Cehegín, en la calle Valle Inclán, nº 1 Bajo que es el mismo domicilio que del actor consta en el encabezamiento de la presente demanda. También desde su constitución en el año 2000 hasta la actualidad es el Administrador único de BEGASTRI ASESORES SL, dedicada a actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal, con el mismo domicilio que la anterior sociedad y el actor. Actualmente, el actor es administrador único de AM LOGISTICA INTERNACIONAL DEL FRIO SL, y durante cortos periodos de tiempo lo fue también de NEW

SALES SL y TAXISTAS REUNIDOS SL. Todo ello acreditado en virtud de los documentos nº 1 y 2 de la contestación a la demanda.

La parte demandante, a sabiendas de que se trata de uno de los motivos de oposición de la actora, no ha propuesto prueba alguna que acredite que sí ostenta la condición de consumidor/usuario, o que las cuentas donde se devengaron las comisiones se usaban para un fin privado como destinatario final de la adquisición o contratación de productos para fines distintos a los de las mercantiles que representaba. Un mero examen de los extractos de cuenta y de los movimientos en ella reflejados arrojan como conclusión que en efecto, existen múltiples ingresos, cargos y transferencias a favor o desde entidades mercantiles, así como otros movimientos propios de la actividad empresarial, de lo que se desprende que en modo alguno puede considerarse que la intervención del demandante lo haya sido por puro interés privado y sin tener relación profesional o comercial con las mercantiles que administra, tal y como exige la jurisprudencia europea para poder aplicar la legislación especial contenida en la Directiva 13/93 y en la Ley 1/2007 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, textos donde se regula la posibilidad de abusividad de las cláusulas en los contratos realizados con una mercantil o profesional (Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2018, Roj 1901/2018).

Ello determina que el doble control de transparencia de la STS 9 de mayo de 2013, no es aplicable al caso de autos, sin que sea de aplicación la normativa sobre protección de consumidores. Para comprobar si las cláusulas impugnadas han de ser declaradas abusivas, se debe examinar: por una parte, si las cláusulas han superado el **control de incorporación** en los términos previstos en los artículos 5 y 7 de la LCGC 7/1998; y por otra parte, si las cláusulas han superado el control de contenido, pero limitado a examinar si las cláusulas han vulnerado alguna norma imperativa o prohibitiva desde la perspectiva de la LCGC 7/1998, que se remite en su preámbulo a las normas generales de la contratación, es decir, este control de contenido no es el control de transparencia al que se refiere el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 cuando el contrato se celebra con consumidores.

Acerca de esta cuestión, resulta bastante ilustrativa **la Sentencia de la AP de Murcia de 6 de octubre de 2016**: "1. La consecuencia de lo anterior es que, atendida la condición de no consumidora de la adherente, el régimen aplicable a la cláusula impugnada será la LCGC, pero no la LGDCU, al contrario de lo que ocurriría si el prestatario hubiera sido consumidor, en cuyo caso se aplican ambas (art 59.3 LGDCU)

2. Tal y como ha mantenido este Tribunal en precedentes ocasiones (sentencias de 22 de octubre de 2015 y 8 y 21 de enero y 4 de febrero y 23 de junio de 2016, entre otras) " mientras que en el caso del adherente consumidor, podemos distinguir un régimen o control específico de incorporación (art 5 y 7 LCGC y art 80.1 a y b) LGDCU) y de validez o contenido (nulidad de cláusulas abusivas, art 82 y 85 a 90 LGDCU al que se remite el art 8.2 LCGC), este último no es aplicable en los casos en los que el adherente es un empresario, pues para predicar la nulidad de una condición general de contratación interempresarios es preciso que se vulnere una norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art 8.1 LCGC), que es la respuesta general contemplada para cualquier acto jurídico en el art 6.3 CC , es decir, solo serán nulas - como

cualquier cláusula contractual- si son contrarias a las normas generales de validez de los contratos, de manera que "El concepto de cláusula abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores..." (EM de la LCGC)

Así lo aclara con gran precisión la STS de 30 de abril de 2015 que concluye que "en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario". 3. La falta de esa condición de consumidora de la actora es lo que impide aplicar el control de transparencia, como hemos resuelto en precedentes litigios, con apoyo en la doctrina jurisprudencial, entre otras, sentencias del TS de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo y 29 de abril y 23 de diciembre de 2015, que reitera la reciente sentencia del Pleno de 6 de junio de 2016 según la cual " Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados."

TERCERO.- Aplicación de la doctrina de actos propios y retraso desleal.

La parte actora tuvo conocimiento, desde el mismo momento de su adeudo, de que estaba pagando unas comisiones, intereses y gastos que, según la actora, no eran correctas. El actor a pesar de este conocimiento puntual y exacto del pago de tales comisiones, deja transcurrir catorce años desde que se le cobró la primera comisión (2006) para reclamar su devolución, y sostiene ahora que nunca aceptó el pago de las comisiones, los intereses o los gastos reclamados. Lo cierto es que la prueba documental de la actora no acredita ni una reclamación, ni una queja, ni una referencia a las comisiones pagadas en todo el tiempo que duró la relación comercial con la demandada, más allá de las reclamaciones extrajudiciales claramente interpuestas como antesala de la acción judicial, con vocación de ser tenida en cuenta en una eventual pronunciamiento de costas judiciales.

La actuación llevada a cabo por la parte actora es demostrativa de un "acto positivo, voluntario o de hacer" en relación con su aceptación de las comisiones, intereses y gastos cobrados. No puede interpretarse de otra forma la actitud de un comerciante que deja transcurrir catorce años (desde 2006 que se le cobra la primera comisión ahora reclamada hasta 2020 en que reclama por primera vez extrajudicialmente), sin manifestar absolutamente nada en relación con el cobro de unas comisiones, intereses o gastos con las

que, parece ser, no estaba de acuerdo, y de las que tenía puntual información sobre la fecha de su cobro y la cuantía de las mismas.

En este sentido se expresa la reciente **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2020**, en un supuesto de hecho similar al presente en que se reclamaba la devolución de comisiones cobradas por una Entidad bancaria que había venido satisfaciendo durante varios años sin poner la más mínima objeción y, casi diez años después de abonar la primera de ellas y cinco después de pagar la última, interpuso demanda solicitando su restitución al Banco, al que se ha generado la confianza de estar conforme con su pago., lo que para el TS es un acto propio que determina el carácter abusivo de la pretensión: *"5.- Estos hechos, sobre los que la sentencia de la Audiencia Provincial ha aplicado el principio que exige el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, consisten fundamentalmente en que la demandante mantuvo durante unos tres años y medio una relación de cuenta corriente para el descuento de efectos mercantiles con el banco demandado, durante los cuales estuvo pagando comisiones por devolución de efectos, por una cuantía elevada, sin que conste objeción o protesta alguna y, una vez finalizada esta relación, transcurrieron cinco años hasta que formuló su reclamación. Asimismo, debe tenerse en cuenta, como pone de manifiesto el banco recurrido, que la demandante no es un consumidor sino una sociedad mercantil, esto es, un empresario profesional, al que ha de presuponerse habituado a la financiación bancaria ordinaria, como puede ser a través de una póliza para la negociación de efectos. Por último, la Audiencia Provincial, por vía de presunciones, ha sentado la premisa de que las cantidades que Banco de Santander cobró a la demandante como comisiones por devolución, han sido reclamadas por la demandante a los clientes que habían devuelto los efectos.6.- Son numerosas las sentencias de este tribunal que se han pronunciado sobre la doctrina de los actos propios. Entre las más recientes, la sentencia 63/2018, de 5 de febrero (RJ 2018, 397) , con cita de otra anterior, declaró:"La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo)". 7.- A la vista de los hechos fijados en la instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial no ha vulnerado esta doctrina. La conducta de la demandante tiene una significación inequívoca, exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, que ha podido provocar en la contraparte la expectativa de una conducta coherente*

y respecto de la que la conducta posterior de la demandante supone una contradicción contraria a las exigencias de la buena fe.”

Por otra parte, nuestra Audiencia Provincial ha dictado numerosas resoluciones en esta materia (comisiones bancarias) y en casos prácticamente idénticos al presente en los que el actor no es consumidor, aplicaba la teoría de los actos propios y retraso desleal, por ejemplo, la sentencia de la **Audiencia Provincial de Murcia (sección 1ª), en sentencia de 9 de diciembre de 2020 establece:** “8.- Hay que destacar que la STS 356/20, de 24 de junio, como ya hemos señalado no aporta nada a la doctrina de los actos propios, pero sí tiene interés en este caso dado que guarda directa relación con lo que constituye el objeto de este proceso al versar sobre una reclamación por un cliente de diversas comisiones de devolución de efectos mercantiles impagados, habiéndose producido la reclamación en un periodo entre los 5 y 10 años después de haber hecho pago de dichas comisiones por la parte actora, de ahí la trascendencia de señalar que “...La conducta de la demandante tiene una significación inequívoca, exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, que ha podido provocar en la contraparte la expectativa de una conducta coherente y respecto de la que la conducta posterior de la demandante supone una contradicción contraria a las exigencias de la buena fe”, desestimando, en base a este argumento el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que había sido desestimatoria de la demanda planteada contra la entidad de crédito. Lógicamente, este antecedente debe de ponderarse con las circunstancias del caso concreto. 9.- La parte apelante entiende que no se ha vulnerado la doctrina de los actos propios y denuncia que la sentencia apelada se ha basado, exclusivamente, en el transcurso del tiempo sin justificar cuál era la base en la que se podía considerar por la entidad de crédito que, legítimamente, no iban a serle reclamadas las comisiones cobradas. Hay que reconocer que, en este punto, la sentencia apelada no es especialmente expresiva, aunque la referencia a la falta de la diligencia de un ordenado comerciante al no haber exigido la devolución de las comisiones en un tiempo prudencial es, por sí misma, significativa de la decisión adoptada. No obstante, este tribunal ampliará dicho razonamiento para justificar la existencia de actos propios que hacían impensable la reclamación de comisiones abonadas hace varios años.

10.- Lo primero que hay que destacar es la validez de las comisiones en contratos bancarios, de acuerdo con la normativa bancaria en vigor, siempre que las comisiones o gastos respondan a servicios aceptados o solicitados en firme por el cliente y respondan a servicios efectivamente prestados o gastos repercutidos, tal como se destaca en las **SSTS 176/20, de 13 de marzo y 431/20, de 15 de julio**. Ello implica que la parte actora, desde un principio era conocedora, como mercantil dedicada al tráfico empresarial, de que en la práctica bancaria se cobraban comisiones por diversos servicios y, por tanto, desde un primer momento debía de conocer si dichas comisiones estaban o no pactadas en los contratos de cuenta corriente o las pólizas de crédito concertadas tanto con Banco de Santander como con Banco Popular Español, así como debía de conocer si el servicio cobrado fue efectivamente

realizado o no por la entidad de crédito en cada una de las distintas comisiones que se reclaman, lo que implica que los datos en los que ahora basa su demanda ya los tenía que conocer cuando se cargaron entre 2008 y 2010 las diversas comisiones, sin que haya dado una explicación razonable a la causa del retraso en la reclamación, sin que un cambio de jurisprudencia sea suficiente para justificar dicho retraso. 11.- En segundo lugar, sí se examinan los extractos bancarios aportados como documentos 2 y 3 de la contestación, es fácil apreciar que en los mismos se han venido cargando diversas comisiones y liquidaciones por los mismos conceptos cuyo abono ha sido aceptado al no haber sido reclamado en esta demanda, lo que supone una contradicción directa y no justificada. Así, por ejemplo, en relación a la partida de reclamación de saldo deudor de la cuenta del Banco de Santander, existen otras partidas con el mismo concepto en el año 2009 con fecha 3 de febrero, 31 de marzo o 6 de junio, que no se reclaman en esta demanda. Lo mismo ocurre con las comisiones por descubierto que se integran dentro del concepto de "liquidación del contrato". Esta actitud de la parte actora carece de justificación, pues no tiene sentido aceptar unos cargos sí y otros no, pues los cargos no reclamados suponen una aceptación de la propia comisión y del derecho de la entidad de crédito a cobrar las mismas a su cliente cuando se den las circunstancias concretas establecidas en los contratos bancarios concertados entre las partes.

12.- En tercer lugar, la parte actora no realizó ningún tipo de reclamación previa y ni siquiera consta, ni ha intentado acreditar, que efectuase reclamaciones, aunque fuese verbales, a los empleados de la oficina con la que trabajaba a lo largo de todo el tiempo en el que se estuvieron cobrando las comisiones. Tal actitud supone que la entidad de crédito considerase que, en atención al contenido de los contratos y a la falta de reclamación o queja de su cliente, existía una conformidad, cuando menos tácita, sobre la validez de dichas comisiones y su aceptación por el cliente, por lo que la reclamación actual es, cuando menos sorpresiva y contraria a la buena fe contractual.

13.- En cuarto lugar, hay que destacar como hace la sentencia apelada, el incumplimiento por la actora de la diligencia de un ordenado comerciante, superior a la norma de cualquier persona, y que justifica una actuación ajustada a los criterios comerciales diligente y ágil. Ello cuadra mal con una reclamación tardía, pues los pagos indebidos suponen un perjuicio a la propia actividad empresarial y, lo normal en una relación comercial ordenada, es su reclamación inmediata. La entidad de crédito no estaba tratando con una persona individual sino con un empresario con una gran actividad, como se justifica por la amplitud de los movimientos bancarios apreciables en los dos extractos de las cuentas corrientes aportados con la contestación, con múltiples movimientos de cargos y abonos propios de la actividad empresarial desempeñada. De ahí la confianza de que tal mercantil, que sin duda contará con la asistencia financiera y jurídica necesaria para el desarrollo de su actividad empresarial, llevaría a cabo reclamaciones inmediatas y no esperaría al transcurso de un largo periodo de tiempo para reclamaciones de pequeñas cantidades por comisiones.

14.- En definitiva, se da la situación en la que es aplicable la doctrina de los actos propios y del retraso desleal apreciados en la sentencia apelada, dado que se ha generado en Banco de Santander una confianza con la actuación, en este caso con la falta de reclamación, de la mercantil actora, aceptando las comisiones pactadas y que fueron cobradas sin queja ni reclamación hace un largo periodo de tiempo, que impide el éxito de la acción ejercitada, pues no puede olvidarse que tanto la teoría de los actos propios como la del retraso desleal son de aplicación siempre a reclamaciones no prescritas y suponen una limitación, derivada de la propia actuación del que se considera acreedor, al ejercicio de las acciones dentro del plazo prescriptivo. Por ello, no tiene ninguna incidencia en este caso la referencia realizada por la recurrente al ATS de 1 de julio de 2020 (recurso 400/18), no sólo porque el mismo no constituye jurisprudencia que sólo deriva de las sentencias (art. 1.6 CC) y el supuesto de hecho no guarda relación con este proceso, sino porque lo que es objeto de debate en este recurso no es la posibilidad de reclamar dentro del plazo legal de prescripción, que no es negada, sino los efectos que la actuación anterior de la actora tienen sobre la acción ejercitada.”

Reincide en esta idea, entre otras la SAP Murcia, Sección 1ª, de 31.01.2022, SAP Murcia Sección 1ª, de 04.04.2022, Rec. 560/2021; SAP Murcia Sección 1ª, de 12.07.2021, Rec. 195/2021; SAP Murcia Sección 1ª, de 19.04.2021, Rec. 198/2021; SAP Murcia Sección 1ª, de 22.03.2021, Rec. 88/2021 y SAP Murcia Sección 1ª, de 12.07.2021, Rec. 538/2021.

A la vista de las circunstancias reflejadas en la documentación aportada por ambas partes, se aprecia que existe en efecto un retraso desleal en el ejercicio de la acción y que además, al demandante le es aplicable la doctrina de los actos propios, habiendo transcurrido más de 14 años sin que jamás hubiera reclamado absolutamente nada.

CUARTO.- Tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en precedentes ocasiones (sentencias de 22 de octubre de 2015 y 8 y 21 de enero y 4 de febrero y 23 de junio de 2016, entre otras) " mientras que en el caso del adherente consumidor, podemos distinguir un régimen o control específico de incorporación (art 5 y 7 LCGC y art 80.1 a y b LGDCU) y de validez o contenido (nulidad de cláusulas abusivas, art 82 y 85 a 90 LGDCU al que se remite el art 8.2 LCGC), este último no es aplicable en los casos en los que el adherente es un empresario, pues para predicar la nulidad de una condición general de contratación interempresarios es preciso que se vulnere una norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art 8.1 LCGC), que es la respuesta general contemplada para cualquier acto jurídico en el art 6.3 CC , es decir, solo serán nulas - como cualquier cláusula contractual- si son contrarias a las normas generales de validez de los contratos, de manera que "El concepto de cláusula abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores..." (EM de la LCGC)

Así lo aclara con gran precisión la STS de 30 de abril de 2015 que concluye que "en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario".

Conforme art. 5 y 7 LCGC y art. 80 LDCYU, los requisitos para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación, pudiendo sintetizarse en los tres siguientes:

- a) quedar incluida o incorporada en el contrato firmado por el adherente;
- b) redactarse de forma clara, concreta y sencilla, sin hacer referencias cruzadas a documentos que no se faciliten con carácter previo o simultáneo a la firma del contrato;
- c) ser legible, lo que, para los contratos suscritos a partir del 1 de julio de 2013, significa que el tamaño de su letra debe ser superior a 1,5 milímetros.

La parte actora no ha aportado el contrato, como tampoco la demandada, pero si se aprecia en los múltiples extractos aportados, que la actora era conocedora de que se le aplicaban dichas cláusulas y nunca puso objeción alguna.

Es pacífico que las comisiones bancarias son lícitas y exigibles cuando cumplen dos requisitos: haber sido pactadas por ambas partes (y liquidadas con arreglo a lo pactado) y, además, no carecer de causa por responder a un servicio real y efectivamente prestado por la entidad bancaria. Ambas exigencias están expresamente reflejadas en la Circular 8/90, de 7 de Septiembre, del Banco de España, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela, a cuyo tenor "*Las comisiones y gastos repercutidos deben 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*". Por último, se ha resaltar que, desde enero de 2014, las entidades bancarias están obligadas a remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior.

Es de destacar que la relación así constituida es perfectamente válida, y los efectos de la misma derivados y el cobro de comisiones por descubiertos en cuenta según ha confirmado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y abundantes son legítimos. El propio Banco de España se ha pronunciado reiteradamente sobre las comisiones de posiciones deudoras y viene declarando que su objeto es el cobro de los costes en que pudo

incurrir la entidad al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores del cliente y que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias su devengo y cargo sólo se puede justificar si se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación ante el cliente deudor; que es única en la reclamación de un mismo saldo (no obstante la considera compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia de la intervención de terceros en la reclamación); que su cuantía ha de ser única y no porcentual; y que su aplicación automática no responde a una buena práctica bancaria, sino que su reclamación debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada impagado y cliente.

Por tanto, y según lo expresado, esta concreta comisión tiene, bajo determinadas condiciones, una **función de resarcimiento** por un gasto en el que el acreedor no hubiera incurrido si el deudor hubiera cumplido sus obligaciones de pago. Pues bien, de los cuadros insertos en el escrito de demanda observamos que se reclaman 713,65 € por gastos de reclamación posición deudora y otros 5.526,74 € por comisión de descubierto abonadas desde abril de 2006 hasta enero de 2009. Tales comisiones participan más bien de la naturaleza de las cláusulas penales predispuestas al obedecer al propósito de liquidar con carácter previo los daños y perjuicios que el eventual incumplimiento del adherente pudiera causar en el predisponente. Y ello sin perjuicio de que también quepa apreciar la otra de las finalidades características de las penas convencionales: la de disuadir a la contraparte de incumplir lo acordado. En definitiva, pese a que la parte actora reclama la devolución de dichas comisiones, su devengo nace precisamente del incumplimiento de la parte actora de sus obligaciones contractuales. Mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la nueva calificación crediticia que concede la entidad a su cliente, con el estudio económico y legal que dicha calificación lleva aparejada. El contrato que regula el funcionamiento de la cuenta y las obligaciones de cada una de las partes es el elemento fundamental de información al cliente sobre las condiciones de aplicación a cada una de las operaciones de pago que se asienten en aquella. (Memoria de Reclamaciones 2017).

En el caso que nos ocupa, como ha quedado acreditado en virtud de prueba documental, mientras que las comisiones por los descubiertos en cuenta fueron cargadas de forma recurrente desde junio de 2006 (según resulta del documento 2 que se acompaña a la demanda), no es sino hasta julio de 2020 (catorce años después de la cancelación de la cuenta) que formula reclamación extrajudicial (vid. doc 3 de la demanda). Es decir, el cobro por parte de la demandada de las comisiones en cuestión se produjo de forma continuada a lo largo de un gran periodo de tiempo con importantes espacios intermedios sin devengos (al no producirse descubiertos). La parte actora no solo no presentó ninguna reclamación ni protesta, ni pidió la resolución del contrato y la devolución de cantidades supuestamente

cobradas de forma ilegítima, sino que, antes al contrario, siguió haciendo el mismo uso de esta de la extraordinaria vía de financiación en beneficio propio, de su solvencia y liquidez, realizando voluntariamente cargos en descubierto contra la cuenta varios años después.

En definitiva, las cláusulas superan el control de incorporación, el demandante no es consumidor/usuario, el ejercicio de la acción es desleal y sus propios actos le vetan el éxito en esta reclamación judicial.

QUINTO.- Costas. Procede conforme art. 394 LEC, su imposición a la parte demandante.

En virtud de lo expuesto,

FALLO

Que procede DESESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a Sr/Sra. _____ en representación de D. _____, y debo absolver y absuelvo a Banco Santander S.A. de la pretensión ejercitada en su contra, con todos los pronunciamientos favorables.

Las costas se imponen a la parte demandante.

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