



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA
OVIEDO**

00337/2021

Modelo: N10250
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757
Correo electrónico:

N.I.G. 33066 41 1 2020 0000859
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000285 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SIERO
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000519 /2020

Recurrente: SANTANDER SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: RAMON BLANCO GONZALEZ
Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

RECURSO DE APELACION (LECN) 285/21

En OVIEDO, a Cuatro de Octubre de dos mil Veintiuno. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres., D. Jaime Riaza García Presidente; D^a Marta María Gutiérrez García y D^a María Carolina Serrano Gómez, Magistradas; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N° 337/21

En el Rollo de apelación núm. 285/21, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 519/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Siero, siendo apelante **SANTANDER S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. [REDACTED]



Firmado por: MARTA M. GUTIERREZ GARCIA
04/10/2021 09:03
Minerva

Firmado por: JAIME RIAZA GARCIA
04/10/2021 12:07
Minerva

Firmado por: MARIA CAROLINA SERRANO GOMEZ
05/10/2021 09:16
Minerva

██████████ y asistido por la Letrada Sra. ██████████ ;
como parte apelada DON ██████████ demandante
en primera instancia, representado por el Procurador Sr. RAMÓN
BLANCO GONZÁLEZ y asistido por el Letrado Sr. JORGE ÁLVAREZ DE
LINERA PRADO; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña
Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Siero dictó Sentencia en fecha 23.03.21 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que estimando la demanda formulada por DON ██████████ representado por el Procurador de los Tribunales DON RAMON BLANCO GONZÁLEZ contra BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los Tribunales DON ██████████ ██████████ ██████████ debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:*

-Debo declarar la nulidad parcial del Contrato de Cuenta con la numeración ES65 0075 0160 0107 0100 1078 suscrito por la parte actora y la entidad demandada en fecha 27 de diciembre de 2006, en todos los contenidos relativos a la comisión por la gestión de la reclamación de posiciones deudoras.

- Debo condenar a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y la elimine del contrato litigioso.

- Debo condenar, en virtud de lo anterior, a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que correspondan por efecto de la nulidad d la cláusula interesada.

- Debo condenar a la demandada a abonar el interés legal de las anteriores cantidades desde el momento en que salieron del patrimonio de la parte actora y hasta la fecha de Sentencia, así como el interés legal incrementado en dos puntos desde



esta hasta el completo pago previa aportación de la totalidad de movimientos desde la apertura de la cuenta.

- Debo condenar a la entidad demandada al abono de todas las costas que se causen en este procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 27.09.21.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia en relación a la demanda de juicio ordinario interpuesta por D. [REDACTED] [REDACTED] en ejercicio de la acción individual de nulidad de cláusula contractual con el efecto de restitución que corresponda ejercitada frente a la entidad BANCO SANTANDER estima la demanda y declara la nulidad parcial del contrato de cuenta corriente suscrito entre la parte actora y la entidad demandada en fecha 27 de diciembre de 2006 en todos los contenidos relativos a la comisión por la gestión de la reclamación de posiciones deudoras en cuantía de 30,05 euros que posteriormente es elevada a 39 euros, y ello al partir de la condición indiscutida de consumidor y de la normativa bancaria y LGDCU, al no haber aportado a los autos por la





demandada prueba alguna de los gastos o servicios que efectivamente haya realizado en aplicación de dicha comisión, con condena a la entidad demandada a su eliminación del contrato litigioso, y, en virtud de ello, de reintegrar a la parte actora la cantidades que correspondan por efecto de la nulidad de la cláusula interesada. Con imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada alega error en la valoración de la prueba, y reitera la validez de la comisión por reclamación de posición deudora inserta en el contrato de cuenta de ahorro, resultando sorprendente a la parte recurrente que el consumidor en ningún momento anterior a la interposición de la demanda haya acudido al banco a informarse o incluso a reclamar dichos importes, las cuales son consecuencia de las gestiones en que incurre el banco y fue el cliente concededor de su existencia y de su incidencia en el contrato suscrito por lo que alegar desconocimiento vulnera el principio de confianza y de buena fe que impone el deber de coherencia con los propios actos. Con ella, además, se trata de cubrir los costes en que incurrirá la entidad bancaria al efectuar las reclamaciones necesarias.

SEGUNDO.- En la sentencia se declara la nulidad de la cláusula por comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas contenidas tanto en el contrato de cuenta de ahorro como en los contratos de préstamos suscritos, con importe primero de 30,05 euros elevada posteriormente a 39 euros.

Ciertamente la normativa que rige las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades de bancarias con sus clientes reseña que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijan libremente", añadiendo después que "En ningún caso





podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos...".

En el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada Orden establece que *"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 donde resulta que al igual que sucede con el resto de comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que sino no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, debiendo reputarse indebida la girada por falta de causa.

Incide además sobre este particular la Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación cuando exige que la cláusula o condición general se haya pactado expresamente por las partes y, además, que la cláusula sea clara y precisa, para garantizar que el adherente conozca o al menos haya tenido oportunidad de conocer las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y que éstas resulten lo suficientemente comprensibles, considerando tales cláusulas como incluidas en el contrato sólo cuando el adherente acepte su incorporación al mismo y éste sea firmado por todos los contratantes sin que haya duda sobre la aceptación de tales cláusulas por parte de los contratantes. Se excluyen en consecuencia todas aquellas comisiones de origen exclusivamente unilateral, al exigirse que las comisiones nazcan del previo convenio o acuerdo expreso entre las partes y, además, desde el plano formal, con la exigencia de que el





contenido de tal acuerdo ha de reunir los requisitos de claridad, precisión y transparencia para su correcta comprensión por la parte adherente.

De tal acervo normativo se puede extraer que para que una cláusula reguladora de una comisión bancaria, contenida en un contrato bancario, tenga plena validez en derecho es necesario: 1º.) que dicha cláusula haya sido pactada en forma; 2º) que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido; y 3º.) que dicho servicio haya sido aceptado o solicitado por el cliente.

Y por último, como no, cuando el receptor del préstamo es un consumidor, entra en juego también la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 82 exige que las cláusulas no negociadas individualmente relativas a lo productos o servicios ofertados a los consumidores deberían cumplir, entre otros, el requisito de la "Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.", entendiéndose, por tales, entre otras, *"cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.* (Art. 87.5 del TRLGDCU).

No es nula la cláusula por fijar un indemnización por gastos de reclamación, sino por fijar su importe de manera fija y sin obligación del empresario de acreditar haber intentado la reclamación, ni justificar el medio empleado para ello, lo que incumple además los criterios establecidos al respecto por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre, según los cuales, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada





caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador) y al coste de las mismas.

El banco para defender la validez de la comisión hace referencia al principio de autonomía de la voluntad, con lo cual desenfoca doblemente la perspectiva desde la que debe examinarse el asunto porque, como acabamos de precisar, la normativa tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios permite un control del contenido de las condiciones generales predispuestas por el empresario declarando nulas, entre otras, las cláusulas que impliquen "la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (Art. 87.4)".

Pues bien, este Tribunal ha señalado reiteradamente que la reclamación de posiciones deudoras vencidas no implica ningún servicio para el consumidor, antes bien encubre una auténtica cláusula penal cumulativa a la de descubierto, de modo que vulnera de forma inequívoca lo dispuesto en el artículo 87.4 del texto refundido y su correlativo del texto original; es más, si se entendiera que la comisión pretende remunerar el aviso o advertencia del Banco a su cliente por una involuntaria entrada en mora, la cláusula infringiría lo dispuesto en el segundo de los preceptos antes comentados por tratarse de un servicio no solicitado.





En este mismo sentido se ha pronunciado la STS de 25 de octubre de 2019, fundando concretamente la declaración de abusividad de esta comisión en la indeterminación o indefinición pues ello 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)",* y además por estimar que "... *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"*.

También se argumenta en la misma en apoyo de la abusividad de esta comisión, con cita de la doctrina contenida en la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), según la cual, teniendo en cuenta 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.

Finalmente también excluye que la declaración de abusividad suponga infracción del art. 1255 del CCivil, dado que "...el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión





de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta”.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Suárez Saro en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A. contra la sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2021 por el Juzgado de Primera instancia nº 3 de Siero en los autos de juicio ordinario nº 519/2020 de los que trae causa el presente recurso, CONFIRMANDO esa resolución, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

