



Roj: **STS 3315/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3315**

Id Cendoj: **28079110012019100529**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2019**

Nº de Recurso: **725/2017**

Nº de Resolución: **566/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 566/2019**

Fecha de sentencia: 25/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 725/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ÁLAVA SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 725/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 566/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 25 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Kutxabank S.A., representada por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz, bajo la dirección letrada de D. Carlos Losada Pereda, contra la sentencia núm. 411/2016, de 30 de diciembre, dictada por la Sección 1.ª de



la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 538/2016, dimanante de las actuaciones de juicio verbal núm. 3/2016 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida la Asociación de Consumidores y Usuarios Vasca EKA/ACUV (antes URKOA), representada por la procuradora D.ª M.ª Leocadia García Cornejo y bajo la dirección letrada de D. José-Ignacio Velasco Domínguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Concepción Mendoza Abajo, en nombre y representación de Uribe Kosta de Consumidores y Usuarios URKOA, interpuso demanda de juicio verbal contra Kutxabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare que la comisión por reclamación de posiciones deudoras es contraria a Derecho y ordenando a la demandada el cese de su imposición y cobro a la clientela.

Se ordenará la publicación de la sentencia a cargo de la demandada en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

Y se impondrá una multa coercitiva de 1.000 euros diarios a la demandada si no elimina la comisión prohibida en el plazo de 20 días desde la firmeza de la Sentencia.

Y todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 23 de diciembre de 2015 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz se registró con el núm. 3/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús M.ª de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de las pretensiones de la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia n.º 162/2016, de 17 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Concepción Mendoza Abajo, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS "URKOA", contra KUTXABANK, S.A. representada por el procurador Jesús Mª de la Heras Miguel.

"DECLARO que la demandada está utilizando entre sus condiciones generales una cláusula que establece una comisión a cargo del cliente por reclamación de posiciones deudoras que resulta contraria a Derecho por ser abusiva y por tanto nula conforme a la normativa de protección de los consumidores y usuarios, en consecuencia,

"CONDENO a la demandada a eliminar la indicada cláusula de sus condiciones generales, a cesar en su imposición y cobro a la clientela, tanto en los contratos que celebre en el futuro como en los ya concertados, manteniendo estos últimos su vigencia con el resto de sus cláusulas.

"Si en el plazo de 20 días siguientes a la firmeza de la presente resolución la demandada no eliminara la cláusula, se le impondrá una multa coercitiva de 1.000 euros diarios.

"CONDENO a la demandada a publicar a su costa la presente sentencia en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco

"Se condena en costas a la demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 538/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el procurador de los Tribunales D. Jesús M.ª de las Heras Miguel, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., frente a la sentencia de 17 de junio de 2016 (ROJ: SJPI 196/2016), dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz en el Juicio Verbal n.º



3/2016, que se mantiene en idénticos términos aunque añadiendo que una vez firme, la sentencia se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

"2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

"3.- CONDENAR A KUTXABANK S.A. al abono de las costas del recurso de apelación."

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Jesús de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.3º LEC, por vulneración de los artículos 10 y 11.3 de la misma ley, respectivamente reguladores de la condición de parte procesal legítima y de la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.3º LEC, por vulneración, por aplicación indebida, del artículo 456.1 de la misma ley, regulador del ámbito y los efectos del recurso de apelación."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los artículos 1101 y 1255 del Código Civil, al considerar abusiva y nula la cláusula por reclamación de posiciones deudoras en contratos de operaciones crediticias, por oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias núm. 473/2001 de 10 de mayo (RJ 2001/6191) y núm. 869/2001 de 2 de octubre (RJ 2001/7141), en cuanto que la cláusula prevé una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato, no pudiendo sustituirse las sumas contractualmente establecidas.

"Segundo.- Infracción de los artículos 1152 y 1153 del Código Civil, al considerar abusiva y nula una cláusula cuya auténtica naturaleza es de una penalidad por incumplimiento, y no de remuneración de un servicio, oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual tiene la cláusula penal una función liquidatoria (sustituye a los daños y perjuicios) y de garantía del cumplimiento de la obligación principal a la que va ligada, pudiendo pactarse incluso como medio para facilitar el desistimiento ( sentencias de 23 de octubre de 2006 ( RJ 2006, 6714), 26 de marzo (RJ 2009, 2387) y 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 852).

"Tercero.- Infracción de los artículos 85.3, 86, 87.5 y 89 LGDCU, vulnerando la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en aplicación e interpretación de los mismos cuando la cláusula cuya abusividad se enjuicia es una cláusula penal, de la que es muestra la sentencia núm. 214/2014, de 15 de abril (RJ 2014/3122)."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Kutxabank S.A. presentó contra la sentencia dictada, con fecha 30 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Vitoria (sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 538/2016, dimanante de los autos de juicio verbal n.º 3/2016, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes*

1.- La asociación Uribe Kosta de Consumidores y Usuarios "Urkoa" (en lo sucesivo, Urkoa, si bien actualmente se denomina Asociación de Consumidores y Usuarios Vasca EKA/ACUV) ejerció una acción colectiva de cesación contra la entidad Kutxabank S.A. para que, entre otros pedimentos, se declarase que la comisión por reclamación de posiciones deudoras cobrada por dicha entidad a sus clientes es contraria a derecho, y se ordenase el cese de su cobro.



La comisión se cobra con fundamento en la inclusión de una condición general de la contratación en los contratos bancarios de préstamo y crédito y en los depósitos a la vista del siguiente tenor:

"Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertos.

"Por cada situación de impago de préstamo o crédito, así como por cada posición deudora que se produzca en cuenta a la vista, y una vez realizada la oportuna gestión personalizada (de las que se recogerá constancia fehaciente) con el cliente solicitando su regularización, se devengará una comisión en concepto de Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertos que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros".

2.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la abusividad de la comisión y su subsiguiente nulidad y condenó a la entidad demandada a cesar en su imposición y cobro.

3.- Recurrida la sentencia por la entidad crediticia, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Legitimación activa de la asociación de consumidores demandante*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal se plantea al amparo del art. 469.1.3º LEC, por vulneración de los arts. 10 y 11.3 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la legitimación activa para la interposición de demandas colectivas para la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios corresponde en exclusiva a las asociaciones de consumidores que tienen la condición legal de representativas, entre las que no se encuentra Urkoa.

*Decisión de la Sala:*

1.- El ejercicio de una acción colectiva tiene como presupuesto que en el proceso no se hacen valer derechos o intereses de titularidad del demandante, sino de terceros ajenos, en este caso, los consumidores. En estos casos, la titularidad de la acción se atribuye legalmente a determinados sujetos, no porque hayan visto perjudicada su posición jurídica como consecuencia de un hecho dañoso para los consumidores, sino porque ostentan una cierta "representatividad" en este sector de la vida económica y social.

2.- Como sintetizamos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 524/2014, de 13 de octubre, la LEC determina en su art. 11 qué entidades están legitimadas para el ejercicio de acciones en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de los consumidores:

a) Cuando se trata de acciones dirigidas a obtener la tutela de intereses colectivos, la legitimación activa se reconoce por el art. 11.2 LEC: (i) a las asociaciones de consumidores y usuarios; (ii) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores; y (iii) a los propios grupos de afectados.

b) Si se trata, en cambio, del ejercicio de acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, la atribución de legitimación es mucho más restrictiva, ya que el art. 11.3 LEC la reconoce exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Es decir, no cualquier asociación de consumidores puede ser defensora en el proceso de los intereses de un conjunto indeterminado de sujetos, sino solamente aquéllas que ostenten legalmente una cierta representatividad.

3.- En este caso, la acción colectiva no se ejercita para la protección de intereses difusos, puesto que pretende la defensa de consumidores perfectamente identificados (o cuando menos, identificables), como son los suscriptores de los contratos bancarios de activo o pasivo en los que se incluía la posibilidad de cobro de la comisión de reclamación de posiciones deudoras.

Hemos declarado en las sentencias 473/2010, de 15 de julio, y 861/2010, de 29 de diciembre, que, cuando los perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables, se excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios, pues ni antes ni después de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se requiere tal requisito para el caso de tutela de intereses colectivos, aunque sí cabe exigirla para la tutela de intereses difusos.



Como también decíamos en tales resoluciones, cuando se trata de contratos bancarios celebrados por la entidad bancaria demandada, "produce perplejidad que la misma, mediante su sistema informático, no pudiera determinar plenamente los afectados". Así como que es irrelevante, a efectos de la calificación de la acción colectiva como difusa, que pueda trascender indirectamente al mercado, porque lo determinante es que los consumidores o usuarios interesados son fácilmente determinables.

Tampoco es atendible el argumento de la parte recurrente de que, al tratarse de una práctica y no de una cláusula, no es fácil determinar los consumidores afectados, puesto que en cualquier caso la práctica no se ejerce sobre personas ignoradas, sino sobre quienes han contratado productos bancarios con Kutxabank susceptibles del cobro de la comisión.

**4.-** Por las razones expuestas, el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

#### **TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Cambio de demanda**

*Planteamiento:*

**1.-** El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción del art. 456.1 LEC.

**2.-** En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial no resolvió sobre la alegación de que la comisión objeto de litigio era una modalidad de cláusula penal, con el argumento de que se había introducido *ex novo* en el recurso de apelación, sin tener en cuenta que, al tratarse de una cuestión de calificación jurídica, opera el principio *iura novit curia* y ni siquiera requiere alegación de parte.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** La segunda instancia no es un nuevo proceso en el que las partes puedan introducir nuevas peticiones, sino que se pretende que otro tribunal emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia, a la vista de los hechos alegados y de las pruebas practicadas en ella.

En principio, conforme al principio *iura novit curia*, el tribunal de segunda instancia no queda vinculado por la argumentación jurídica de las partes. Pero es preciso tener en cuenta la estrecha relación existente entre la causa de pedir y la petición, por lo que únicamente será admisible un cambio de argumentación jurídica cuando no suponga una modificación de la acción ejercitada. Sobre todo, la modificación de los fundamentos jurídicos no debe conllevar la introducción de hechos nuevos que no fueron debatidos en la instancia (*pendente appellatione nihil innovetur*).

**2.-** En este caso, la modificación no afecta a la acción, sino a la defensa de la entidad bancaria, y como quiera que la misma se opuso desde el primer momento a la demanda alegando la licitud de la comisión litigiosa, no hay realmente cambio de pretensión si, entre los argumentos para considerarla lícita, introduce el de que tenía el carácter de cláusula penal pre-liquidada. Sobre todo, porque la parte contraria pudo defenderse de dicha alegación -jurídica, no fáctica - en su oposición al recurso de apelación.

**3.-** En consecuencia, la Audiencia Provincial debía haber examinado esta alegación, y al no haberlo hecho así, infringió el art. 456.1 LEC.

Por lo que debe estimarse el recurso extraordinario de infracción procesal, con el único efecto de permitir el examen del motivo de casación que plantea la misma cuestión jurídica que no trató la Audiencia Provincial.

#### **Recurso de casación**

**CUARTO.- Primer motivo de casación. La comisión por reclamación de posiciones deudoras como indemnización por incumplimiento**

*Planteamiento:*

**1.-** El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1255 CC y de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 473/2001, de 10 de mayo, y 869/2001, de 2 de octubre.

**2.-** En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, de manera resumida, que la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa supone eximir de responsabilidad al deudor incumplidor por la producción de determinados daños (los originados por la reclamación) a la acreedora, y deja sin efecto un pacto libremente asumido.

*Decisión de la Sala:*



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.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad 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).

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".

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.

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).

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.

6.- La declaración de abusividad, al ser un efecto previsto en la Ley, no puede suponer infracción de los arts. 1101 y 1255 CC. Ni la interpretación que hace la Audiencia Provincial tampoco los infringe.



Respecto del art. 1255 CC, 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.

En cuanto al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar.

7.- Y las sentencias de esta sala que se dicen infringidas, nada tienen que ver con el problema litigioso. La sentencia 473/2001, de 10 de mayo, trató sobre una cláusula penal en un contrato de arrendamiento de obra. Y la sentencia 869/2001, de 2 de octubre, sobre intereses usurarios. Por lo que difícilmente pudieron ser desconocidas o vulneradas por la Audiencia Provincial.

8.- Como consecuencia de todo ello, en los términos en que ha sido planteado, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

#### **QUINTO.- Segundo motivo de casación. Cláusula penal**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1152 y 1153 CC, así como las sentencias de esta sala de 23 de octubre de 2006 y 26 de marzo y 10 de diciembre de 2009.

2.- Al desarrollar el motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la comisión de reclamación de posiciones deudoras no retribuye un servicio, sino que constituye una penalidad por incumplimiento con función liquidatoria, ya que sustituye a los daños y perjuicios, y supone una garantía del cumplimiento de la obligación principal.

*Decisión de la Sala:*

1.- Las consideraciones que hace la parte recurrente sobre la naturaleza y funcionalidad de la cláusula penal en nuestro Derecho son correctas. El problema es que la comisión de reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal.

Conforme al art. 1152 CC, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor pueda exigirlos además de la pena ( sentencia 126/2017, de 24 de febrero). Por lo que puede tener una función resarcitoria del daño causado al acreedor por el incumplimiento, sustitutoria de la indemnización, o bien puramente punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio ( sentencia 74/2018, de 14 de febrero).

2.- La comisión objeto del litigio utilizada por la entidad recurrente 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 declaramos en la sentencia 530/2016, de 13 septiembre.

Como no parece que la entidad vaya a renunciar al cobro de los intereses moratorios por el abono de la comisión, en el mejor de los casos para la recurrente, si aceptáramos a efectos meramente dialécticos que la comisión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción.

3.- En su virtud, el segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

#### **SEXTO.- Tercer motivo de casación. Cláusula penal y abusividad**

*Planteamiento:*

1.- En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 85.3, 86, 87.5 y 89 TRLGCU, en relación con la sentencia de esta sala 214/2014, de 15 de abril.

2.- En el desarrollo del motivo, argumente resumidamente la parte que no cabe la aplicación de los indicados preceptos del TRLGCU, porque la cláusula litigiosa se rige por lo previsto en los arts. 1152 y siguientes CC.

*Decisión de la Sala:*

En la medida en que este motivo supone una reiteración de los argumentos expuestos en los dos motivos anteriores, no cabe sino su desestimación por remisión a lo ya expuesto respecto de ambos, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

#### **SÉPTIMO.- Costas y depósitos**



- 1.- Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por él, conforme previene el art. 398.2 LEC.
- 2.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por él, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.
- 3.- Igualmente, debe ordenarse la devolución del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

- 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 411/2016, de 30 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 538/2016, con el único efecto de declarar que la resolución recurrida debió examinar el recurso de apelación de dicha recurrente en todas sus alegaciones.
- 2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la citada sentencia, cuyo fallo confirmamos.
- 3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal e imponer a Kutxabank S.A. las costas del recurso de casación.
- 4.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.