



**AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00168/2022

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00048/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:



En OVIEDO, a dieciocho de mayo de dos mil veintidós.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 598/20, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Siero, Rollo de Apelación nº 48/22, entre partes, como apelante y demandante **DON** [REDACTED] [REDACTED] representado por la Procuradora Doña [REDACTED] [REDACTED] y bajo la dirección del Letrado Don Jorge Alvarez De Linera Prado y como apelada y demandada **ING BANK NV, SUCURSAL ESPAÑA**, representada por la Procuradora Doña [REDACTED] [REDACTED] y bajo la dirección del Letrado Don [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Siero dictó sentencia en los autos referidos con fecha diez de noviembre de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: SE DESESTIMA la demanda interpuesta por D. [REDACTED] representado en autos por la procuradora Sra. [REDACTED], frente a ING BANK N.V., SUCURSAL EN ESPAÑA, representada en autos por la procuradora Sra. [REDACTED], absolviendo a la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: EDUARDO GARCIA
VALTUEÑA
18/05/2022 11:40
Minerva

Firmado por: MARIA JOSE PUEYO
MATEO
18/05/2022 12:04
Minerva

Firmado por: JOSE LUIS CASERO
ALONSO
18/05/2022 18:53
Minerva

demandada de las pretensiones deducidas en su contra y con imposición a la parte demandante de las costas ocasionadas”.

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don [REDACTED] y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON EDUARDO GARCÍA VALTUEÑA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don [REDACTED] formuló demanda de juicio ordinario contra ING BNK NV, Sucursal en España en la que instaba la declaración de nulidad por abusiva de la estipulación de cuatro contratos de préstamo celebrados entre los litigantes relativa a la comisión de reclamación de posiciones deudoras. Se solicitaba en la demanda la nulidad de la citada cláusula y la condena a devolver al actor la cantidad pagada por éste en su virtud, si bien no fijaba la cantidad pedida.

La sentencia recurrida desestima la demanda, señalando que en el caso concreto la cláusula impugnada solamente contempla la comisión “por cada cuota impagada efectivamente reclamada”, por lo que su redacción resulta conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por cuanto únicamente se aplicaría para retribuir servicios realmente prestados al cliente. El demandante formula recurso de apelación insistiendo en los argumentos de su demanda.

SEGUNDO.- En la estipulación particular decimonovena del contrato se incluía la comisión objeto del presente litigio estableciendo su importe en 25 € “por cada cuota impagada efectivamente reclamada que presente la cuenta del

préstamo", no pudiendo percibirse más de una vez sobre la misma posición deudora.

El recurso debe estimarse. El Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión en los mismos términos como venían haciendo todas las secciones de esta Audiencia Provincial. Así en su sentencia 566/19 de 25 de octubre señala que, conforme la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, 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 la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, 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. Y 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.

Recuerda la citada sentencia que según la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009 del Banco de España, 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.

En este caso la comisión se contempla en el contrato de forma automática, anudándola únicamente a la existencia de una reclamación, sin discriminar período de mora, que se acumula al interés moratorio. Y además no se precisa el tipo de gestión que la prestamista va a llevar a cabo, por lo que no cabe deducir su contenido, recordando al respecto que la STJUE de 3 de octubre de 2.019 en el asunto C-621/17, Gyula Kiss exige que la naturaleza de los servicios efectivamente

proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto, circunstancia que en este caso no concurre y que no permite establecer que la entidad financiera hubo de soportar un gasto efectivo.

Por ello, en aplicación de la doctrina expuesta, debe reputarse nula y en orden a sus consecuencias debe recordarse que la jurisprudencia viene preconizando una interpretación flexible y garantista del art. 219 LEC desde la sentencia del pleno de 16 de enero de 2.012, seguida de otras muchas. Según dicha sentencia el contenido de aquel artículo ha de ser matizado en los casos en los que, por un excesivo rigor, su aplicación lesione el derecho a la tutela judicial efectiva, de forma que cuando al demandante no le hubiera sido posible su cuantificación en el curso del proceso, puede remitirse la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. El demandante dirigió reclamación extrajudicial a la entidad financiera, en la que reclamaba el reconocimiento de la nulidad de la comisión, que no fue respondida por ésta, dificultando al consumidor grandemente la posibilidad de cuantificación de su importe. Por ello no concurre obstáculo para diferir al trámite de ejecución de sentencia la liquidación de las cantidades procedentes, algo que no requiere más que la identificación del concepto al que se corresponden las cantidades adeudadas en la cuenta, lo que no comporta complejidad probatoria para determinar el importe debido

TERCERO.- Las razones precedentes determinan la estimación del recurso de apelación, cuyo acogimiento determina la imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandada (art. 394 LEC), mientras que no procede especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada (398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Don [REDACTED]
[REDACTED] contra la sentencia dictada en fecha diez



de noviembre de dos mil veintiuno, por el Sr Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Siero, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** y dejamos sin efecto la expresada resolución, y, estimando íntegramente la demanda, declaramos la nulidad de la comisión por la gestión de reclamación de posiciones deudores establecida en los cuatro contratos de préstamos reseñados en el hecho tercero de la demanda, condenando a la demandada a abonar al demandante las cantidades satisfechas por su aplicación, que se determinarán en ejecución de sentencia y se incrementarán en el interés legal desde la fecha de los respectivos cargos.

Se imponen las costas procesales de la primera instancia a la parte demandada.

No procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

Habiéndose estimado el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Frente a esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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.

