



Roj: **SAP O 3556/2018 - ECLI: ES:APO:2018:3556**

Id Cendoj: **33044370052018100401**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **515/2018**

Nº de Resolución: **413/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA**

### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00413/2018**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 515/18

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

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

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 491/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés, Rollo de Apelación nº **515/18**, entre partes, como apelante y demandante **DOÑA Justa**, representada por la Procuradora Doña Nuria Arnaiz Llana y bajo la dirección del Letrado Don Celestino García Carreño y como apelada y demandada **LIBERBANK, S.A.**, representada por el Procurador Don Urbano Martínez Rodríguez y bajo la dirección de la Letrado Doña María del Mar Calonge Torres.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés dictó sentencia en los autos referidos con fecha veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> NURIA ARNAIZ LLANA, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Justa contra la entidad bancaria LIBERBANK, S.A. debo condenar y condeno a la demandada a la devolución o restitución de las cantidades que hayan sido abonadas por la actora en concepto de comisión por **descubierto** y comisión de reclamación de posiciones deudoras aplicadas por la entidad bancaria demandada al contrato de ahorro ordinario-cuenta corriente de 16 de enero de 1999, suscrito entre las partes, lo que deberá determinarse en ejecución, más los intereses especificados en el fundamento tercero de esta resolución, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Justa 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.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Justa suscribió con Liberbank un contrato de cuenta-ahorro, entre cuyas estipulaciones se dispone una comisión del 4,50% en caso de **descubierto** sobre el mayor saldo contable deudor, con un mínimo de 15 €, y otra por reclamación de posiciones deudoras de 39 € por cada posición deudora reclamada y Doña Justa instó la nulidad por abusividad o, subsidiariamente, por falta de causa de las dichas comisiones y su expulsión del contrato, con los efectos del art. 1.303 del CC .

La demandada Liberbank se opuso argumentando, respecto a la comisión por **descubierto**, que debía considerarse como un negocio autónomo que responde a un servicio prestado (la facilidad crediticia) y respecto del que la comisión constituye un elemento esencial, no sujeto al control de contenido; y en cuanto a la reclamación por posiciones deudoras defendió su licitud, debiendo discernirse y diferenciarse ese aspecto de la acreditación de la práctica de efectivas gestiones de reclamación.

El Tribunal de la instancia entendió que una y otra comisión eran lícitas y por eso rechazó su nulidad por abusividad, pero estimó la demanda al entender que los servicios que contemplan no fueron acreditados como efectivamente realizados (bien entendido que la sentencia no contempla más estipulación litigiosa que la relativa a la reclamación por posiciones deudoras).

Esto así, la actora muestra disconformidad denunciando haber incurrido la sentencia de la instancia en incongruencia al obviar que su pretensión (tanto principal como subsidiaria) era la declaración de nulidad y expulsión del contrato de las estipulaciones relativas a las comisiones litigiosas, respecto a las que reitera su nulidad por abusividad.

**SEGUNDO.-** La identidad del caso con el resuelto recientemente en nuestra sentencia de 30-10-2018, Rollo nº 464/2018 , autoriza a remitirnos, sin más, a sus consideraciones, a más de que la actora incorporó a autos sentencia de esta Sala en que es parte la demandada y recurrida y se trata de idéntica cuestión.

Aquí, como en anterior caso, incurre el Tribunal de la instancia en incongruencia, pues efectivamente se interesó la declaración de nulidad y expulsión del contrato de las estipulaciones relativas a las comisiones litigiosas y no, simplemente, como pareció entenderlo el Tribunal de la instancia, la devolución de las sumas imputadas al saldo de la cuenta con motivo de la aplicación.

Dijimos en aquella sentencia de 30-10-2018 (Rollo 464/2018 ): *"La demanda interesa, con carácter principal, la declaración de nulidad por abusividad de las comisiones litigiosas de acuerdo con el art. 82 TRLGDCU, es decir, su expulsión del contrato con los efectos restitutorios aparejados a esa declaración ( art. 83 TRLGDCU en relación con el art. 1.303 CC ) y, con carácter subsidiario, la de nulidad por falta de causa con iguales efectos, petición esta segunda que se entiende persigue también la expulsión del contrato de las cláusulas relativas a las comisiones ex artículo 1.261 y 1.275 CC por falta de causa en origen, que no la validez de la cláusula pero con devolución de aquellas sumas que, en su caso, no acreditase la entidad que respondiesen a servicios o gastos efectivamente concurrentes, supuesto este segundo que es el que parece haber tomado en consideración la sentencia recurrida, en cuanto no hace en su parte dispositiva declaración expresa de nulidad sino tan sólo de condena al reintegro de suma, a pesar de lo cual, en su FD 4, declara que acoge la pretensión subsidiaria y en su parte dispositiva declara la plena estimación de la demanda.*

*Hecha la anterior aclaración, está legitimado el actor para recurrir en prosecución de la estimación de la petición de nulidad por abusividad de las comisiones litigiosas, pues en definitiva la dicha petición de nulidad fue rechazada implícitamente, abusividad sobre la que nos hemos pronunciado reiteradamente en sentido positivo; respecto de la comisión por **descubierto**, porque no se acierta a comprender que servicios se presta al cliente bancario porque la entidad bancaria acceda a atender cargos sobre la cuenta que exceden de su saldo, pues, como la propia demandada sostuvo en su contestación, tal hecho jurídico determina la concesión de un crédito o préstamo por la entidad por propia voluntad, remunerado con su correspondiente interés; y, en cuanto a la comisión por posiciones deudoras, su abusividad reside en su automatismo, al margen de efectivas gestiones de cobro que no pueden ni deben identificarse, sin más, con la emisión automática de una notificación al cliente de un **descubierto** en la cuenta, y en este sentido se ha manifestado el Banco de España y, en definitiva, lo viene a reconocer la demandada al consentir la sentencia de instancia que declara que no se acreditaron gestiones suficientes para la aplicación de la comisión y sin que pueda tomarse en consideración el tiempo transcurrido y la actitud hasta ahora pasiva del recurrente, pues la nulidad por abusividad es radical y en origen, insubsanable por actos de los contratantes.*

*Por lo demás, recientemente, en el Rollo 205/2018, siendo la demandada la misma e idénticos sus argumentos defensivos, ya nos posicionamos remitiéndonos a nuestra sentencia de 15-05-2018 , lo que ahora y de nuevo habremos de hacer." Y en la de 15-5-2018 a la que nos remitimos: "La sentencia de primera instancia, acogiendo íntegramente la demanda, declaró la nulidad de sendas comisiones por **descubierto** y por reclamación de*



posiciones deudoras aplicadas en un contrato de cta. cte. concertado por las partes litigantes y al mismo tiempo condenó a la entidad bancaria demandada a devolver lo indebidamente cobrado por tales conceptos, más sus intereses legales. Frente a esta resolución interpuso la entidad demandada Liberbank recurso de apelación, en el que solicita la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra desestimando íntegramente la demanda.

Toda vez que los escritos de demanda, contestación, recurso de apelación y oposición son sustancialmente idénticos a los del procedimiento ordinario nº 426/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Avilés, RPL 208/18 de esta Sala, siendo parte Liberbank y siendo Letrados intervinientes los mismos en uno y otro proceso, variando únicamente que en la comisión de **descubierto** el límite, en lugar de 15 € es de 12 €, y en la comisión por posiciones deudoras, en lugar de percibir 39 € por cada posición deudora reclamada, en el caso de litis son 35 €, nos remitimos a la que fue fundamentación de la sentencia recaída en el proceso citado que es de fecha diez de mayo de dos mil dieciocho ; y en la citada sentencia se declaró : "Se reitera en la apelación las alegaciones realizadas en la primera instancia, considerándose válidas las dos cláusulas declaradas nulas en la recurrida y ello basándose en los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación. Señala la recurrente que respecto a las comisiones en **descubierto** constituye la causa de las mismas permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los estados contables de éstas, como así lo considera al Banco de España, y en el presente caso esa facilidad crediticia se refleja en el extracto de los movimientos de la cuenta. Añade la apelante que en el presente caso no se devenga intereses moratorios, mas con ello soslaya que al folio 18 se consigna el interés deudor del 29% (TAE 31,10%), señalándose igualmente que la comisión por **descubierto** supondrá un 4,50% sobre el mayor saldo contable debido del período liquidado, mínimo 15 €; igualmente se manifiesta que el **descubierto** no es una cláusula contractual sino un contrato en sí mismo y que por lo tanto no cabe el control al amparo de las condiciones generales de la contratación. Se entiende que se está refiriendo a que no cabe el control de contenido, mas ello no es así, porque la comisión es independiente y se acumula al interés deudor, que es el interés remuneratorio que se abona por la concesión del crédito. Y así se ha declarado reiteradamente por esta Sala y también por otras Salas de Audiencia y de otras Audiencias Provinciales; y así la Sección 4ª de nuestra Audiencia en su reciente sentencia de 15 de febrero de 2.018, respecto a esta comisión de excedido en cuenta con un contenido idéntico al de la Comisión que se debate en esta litis y en la que además había unos intereses pactados para este supuesto, en concreto 7,25%, señaló: "es decir, se está como ya se dice en la sentencia apelada ante una duplicidad de penalizaciones para un mismo supuesto, la existencia de **descubierto** en la cuenta, al tiempo que se induce a confusión al consumidor que ve que los intereses reales se acercan al 12% con el agravante de que el complemento que introduce esa Comisión no gira sobre el saldo deudor real, o sobre el saldo medio, sino sobre el mayor de cada período en claro beneficio del banco y perjuicio del cliente. Comisión en fin que, al igual que la anterior, no responde propiamente a un servicio prestado al cliente sino más bien al beneficio de la propia entidad financiera por la concesión de créditos que ya se remunera con el devengo de intereses". Habiendo señalado previamente esta resolución: "Nadie discute que las comisiones en cuestión abstractamente consideradas, pueden ser válidas ni tampoco la normativa que contempla su existencia. Pero como señalan esas mismas normas y reconoce la propia apelante en varios pasajes del recurso, su validez requiere que obedezcan a servicios efectivamente prestados, pues de no ser así vulnerarían claramente el art. 8 2 del TR de la ley de consumidores vigente (antes artículo 10) en tanto causa un perjuicio justificado al consumidor al obligarle a abonar un servicio inexistente, con patente quiebra de las exigencias de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones."

En igual sentido se pronunció esta Sala, entre otras, en la reciente sentencia de 24 de abril de 2.018 y en la recaída en el rollo de apelación 188/18 de fecha 2 de mayo de 2.018. En las dos resoluciones de esta Sala citadas la comisión era del mismo tenor que la aquí debatida y en la primera de las sentencias citadas se declaró: "Debe señalar la Sala respecto a esta comisión que en el presente caso además de la comisión de **descubierto** se acumulan los intereses deudores, que lo son por un importe del 29%, con un TAE del 31,10%, como figura en las condiciones particulares de la cuenta, estableciéndose un mínimo de 15 €, lo que pone de manifiesto de un lado la determinación de la comisión por un porcentaje sobre el mayor saldo contable deudor del período liquidado y estableciéndose un mínimo de 15 € cualquiera que sea el importe del **descubierto**, circunstancias las expuestas que evidencian la abusividad de la cláusula y la duplicidad de la misma, dada su acumulación a los intereses referidos. Y sin que a tal conclusión obste la alegación de la parte recurrente respecto a que esa comisión constituye el precio por el servicio prestado de afrontar los **descubiertos** del titular de la cuenta, lo que a juicio del apelante impediría el control de abusividad al tratarse de un elemento esencial del contrato y ello porque a juicio de la Sala tanto esta comisión por **descubierto** como la comisión de reclamación de posiciones deudoras o la comisión de administración o la de mantenimiento, no constituyen el precio del contrato, sino supuestamente contraprestaciones por servicios o gastos realizados por la entidad bancaria.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de septiembre de 2.004 declaró: "Pretende el Banco demandado que las comisiones que carga responden a un concreto servicio prestado por la



sucursal a la sociedad reclamante, por las gestiones realizadas para la obtención de financiación para atender sus necesidades puntuales de tesorería; son muchos los apuntes contables existentes (doc. 3 del escrito de contestación); en definitiva, que la razón de ser de la comisión es acceder a quedarse en posición deudora respecto el cliente para que éste pueda pagar en plazo y sin saldo. Lo cierto es que por el **descubierto** en cuenta corriente el cliente trastoca la causa y naturaleza del contrato bancario de cuenta corriente que firmó convirtiendo la relación de una típica operación pasiva en una relación activa. Pero como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2.001 (RJ 2001, 4980), la función de los intereses de demora, también pactados en el 29%, es la indemnizatoria de daños y perjuicios, imputable al incumplimiento o retardo en el cumplimiento de su obligación y viene determinada por el abono de los pactados y, en su defecto, del interés legal. Y hay que tener en cuenta sin embargo que además de los intereses moratorios se cargaron en la cuenta también ciertas cantidades por comisiones de **descubierto**.

No cabe considerar justificada la existencia de los servicios que el demandado dice prestados a la demandante, pues como queda dicho las gestiones realizadas para atender la financiación de clientes se remuneran mediante los intereses de demora; y librar determinados apuntes contables se perciben por las comisiones de mantenimiento (1.800 ptas. mensuales) y administración (30 ptas. por apunte).

De todo ello debe concluirse que las referidas comisiones aunque pactadas en el contrato no describen ningún servicio o gestión concretas realizada por el Banco."

S señalando la sentencia citada en segundo lugar que a los efectos expuesto en líneas anteriores aún debemos añadir: " Que la LCRC de 24-6-2011 regula el **descubierto tácito** como pacto asociado a la apertura de cuenta a la vista (art. 4.2 y 20), sometiéndolo a su régimen, de lo que sigue la intranscendencia del argumento de la recurrente de que se trata de un negocio distinto pues eso no obsta a la posibilidad del control de sus condiciones de acuerdo con la normativa de consumo; y de otro lado, que la comisión por **descubierto** no forma parte del precio, pues no es parte inescindible del mismo, que en el caso de crédito por **descubierto** viene identificado por el tipo deudor (al que se refiere el art. 20 LCC), a no confundir con el coste total del crédito (art. 6.A LCC) ni con el TAE (art. 32 de la misma Ley que se integra con los gastos y comisiones), pero que no forman parte del objeto principal del contrato (19 considerando Directiva 93/13 y su art. 4.2 ).".

Por lo que se refiere a la Comisión por reclamación de posiciones deudoras, en el presente caso se establece que la misma devengará un pago de 39 € por cada posición deudora reclamada. Pues bien, sobre ésta también se pronunció la sentencia citada de la Sección Cuarta declarando: "Nada acreditó el Banco acerca de que las comisiones por reclamación de posiciones deudoras respondiera a un servicio efectivo y menos cuál pudiera ser su coste. De hecho su empleada, que acudió como testigo al acto de juicio, indicó que no sabía por qué se fijaba su importe en 30 €, que su cobro era automático y se llevó a cabo por el propio sistema informático del banco, con independencia de la cuantía del impago y el tiempo transcurrido. Ni siquiera se acredita que mediaran gastos de correo o telefónicos o a cuánto ascenderían".

Por su parte esta Sala en la sentencia citada de 24 de abril de 2018 declaró: " Por lo que se refiere a la reclamación de posiciones deudoras sobre esa cláusula transcrita en líneas precedentes, y en la que se debe añadir que en la condición general primera se dispone que la reclamación por posiciones deudoras se liquidará en el momento en que se realicen gestiones extrajudiciales de regularización de la posición, se ha pronunciado este Tribunal en diversas ocasiones, entre otras en el auto de 14 de noviembre de 2.014 ha declarado: "Tanto la Orden Ministerial 12-12-1.989 sobre tipos de interés y comisiones como la Ley 2/2.009, de 31 de marzo (RCL 2009, 697), que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, declaran, respectivamente, en su artículo 5 la liberalización sobre comisiones o gastos repercutibles, pero imponen un límite cualitativo, cual es que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, sin que en ningún caso puedan cargarse comisiones o gastos no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

Por su parte el Banco de España se ha pronunciado reiteradamente sobre las comisiones de posiciones deudoras y declarado 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: 1º, su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación ante el cliente deudor; 2º, 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); 3º, su cuantía ha de ser única y no porcentual; y 4º, su aplicación automática no responde a una buena práctica bancaria, sino que su reclamación debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada impago y cliente (Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 2.006 y 2.007).".

Debiendo asimismo añadir que, no obstante lo dispuesto en la condición general primera a la que se hizo referencia en líneas precedentes, lo cierto es que en el presente caso no consta la existencia de la gestión,





señalándose en la citada que la referida comisión se liquidará en el momento en que se realicen gestiones extrajudiciales de regularización de la posición, y además tampoco se concreta en qué consisten tales gestiones; compartiéndose el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 30 de diciembre de 2.016 , en el sentido de que: "El cobro de una cantidad al cliente por realizar una gestión de cobro a ese cliente, no responde a un servicio al mismo, ni un gasto por verificarlo. Cumple una función legítima, el recobro de la impagado, pero que sirve al profesional no al consumidor. Por lo tanto si se siguen las directrices de la orden EHA/2829/2011 de 28 de octubre no podría dar lugar una comisión pues no es servicio o gasto que retribuir."

Consecuentemente, y de acuerdo con lo previsto en el art. 465.3 de la LEC , procede la revocación de la sentencia recurrida, dictándose en su lugar otra por la que se estima la demanda y se declara la nulidad por abusividad de las tantas veces citadas comisiones y su expulsión del contrato, debiendo la demandada reintegrar a la actora, en más los intereses de acuerdo con el art. 1.303 CC , las sumas imputadas por esos conceptos, en la cuenta de la actora, con imposición a la demandada de las costas de la instancia.

No se hace expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Justa contra la sentencia dictada en fecha veintinueve de mayo de dos mil dieciocho por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** y en su lugar dictamos otra por la que declaramos la nulidad por abusividad y su expulsión del contrato de las estipulaciones relativas a comisión por **descubierto** y reclamación por posiciones deudoras contenidas en el contrato de cuenta suscrito entre las partes y condenamos a la demandada a la devolución de las cantidades imputadas a la cuenta de la actora por tales conceptos, con sus intereses y de acuerdo con el art. 1.303 del CC .

Se imponen las costas de la instancia a la demandada.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de 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.**

Contra 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.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo , doy fe.