



Roj: **SAP O 2128/2015 - ECLI: ES:APO:2015:2128**

Id Cendoj: **33044370052015100185**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **17/07/2015**

Nº de Recurso: **264/2015**

Nº de Resolución: **215/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00215/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 264/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a diecisiete de Julio de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 320/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés, Rollo de Apelación nº **264/15**, entre partes, como apelante y demandado **DON Jon**, representado por el Procurador Don Ignacio Sánchez Avello y bajo la dirección del Letrado Don Ignacio Feito Rodríguez y como apelada y demandante **LIBERBANK, S.A.**, representada por la Procuradora Doña Yolanda Rodríguez Díaz y bajo la dirección del Letrado Don Alberto Pereda Surrouille.

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 treinta de abril de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador D. URBA **NO** MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de LIBERBANK, S.A. contra D. Jon, debo condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la cantidad de 8.586,23 euros, con los intereses que se especifican 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 Don Jon, 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 la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- Por la entidad actora Liberbank, S.A. se promovió juicio ordinario frente a Don Jon solicitando se dicte sentencia en la que se condene al demandado a pagar al actor 5.969,67 €, como principal del descubierto en cuenta, más los intereses que, al tipo de dos veces y media el interés legal, se produzcan desde la fecha de liquidación de la cuenta de ahorro hasta su completo pago. Asimismo se le condene a abonar a la actora como principal de la tarjeta impagada 2.616,66 €, más los intereses que, al tipo del 12% anual, se produzcan desde la fecha del cierre hasta el completo pago.

Sostiene la actora que con fecha 6 de abril de 2.010 convino con el demandado la apertura de la cuenta de ahorro a la vista número NUM000, en la que la demandante abonaría las cantidades que recibiera y adeudaría las que se le entregaran por cuenta del titular, sirviendo a su vez como instrumento para realizar los mandatos y operaciones solicitadas por el mismo. Vinculado a dicho contrato se encontraba una tarjeta con el número NUM001. En el citado contrato había varias cláusulas referidas, entre otras, a que la certificación expedida por la Caja conforme a su contabilidad será título bastante unido al original del contrato para acreditar el importe líquido del descubierto; asimismo se estipulaba un interés de descubierto del 29% anual, no obstante, dados los términos del art. 19.4 de la Ley 7/95 de Crédito al Consumo, la actora no aplicó a los descubiertos que la cuenta corriente ha presentado el interés inicialmente pactado en la póliza por superar éste claramente dicho límite, sino el interés establecido en el precitado artículo, esto es 2,5 veces el interés legal del dinero del descubierto de la cuenta corriente, y tras, según señala, infructuosas gestiones, se procedió a la liquidación y cierre de la cuenta el día 25 de septiembre de 2.013, presentando la misma un saldo deudor de 5.969,57 €, adjuntando asimismo como documento núm. 5 certificación del saldo de la tarjeta vinculada y cargada en la cuenta cuyos intereses afirma se liquidaron al 12%, dirigiendo la reclamación a la dirección que resultó no ser el domicilio actual del demandado. Con fecha 1 de febrero de 2.012 la actora convino con el demandado la concesión de una tarjeta de crédito "MasterCard", aperturando a tales efectos la cuenta de tarjeta de crédito número NUM002. Esta tarjeta servía para adquirir bienes y obtener servicios, así como para obtener dinero en efectivo en cajeros automáticos o en ventanilla de las entidades financieras adheridas al sistema. Asimismo se pactó un límite de crédito de 3.000 €. En este contrato, y como cláusulas del mismo, entre otros se estableció un interés mensual de demora del 2,42% (TAE 33,18%) y un tipo de interés mensual para fraccionamiento del pago de 1,90% (TAE 25,34%); así como una comisión por reclamación de posiciones deudoras de 35 € por cada posición deudora reclamada. El 31 de enero de 2.014 se procedió al cierre de la cuenta de la tarjeta de crédito y a la certificación del saldo deudor, que ascendía a 2.661,97 €, remitiéndose al demandado telegrama de notificación de saldo deudor el 3 de febrero de 2.014 (documento núm. 10) al domicilio que no es el actual del demandado.

A la pretensión actora opuso el demandado que no es el domicilio que figura en el encabezamiento de la contestación a la demanda el que se señala en el escrito rector. En la contestación, si bien se admite que el demandado en calidad de consumidor suscribió en la entidad actora un contrato de ahorro ordinario-cuenta corriente, el 6 de abril de 2.010, se señala que ni se llegaron a firmar todas y cada una de las condiciones que aparecen en el contrato ni se le entregó copia del mismo. Concretamente no se firmaron, y en consecuencia no se aceptaron en el contrato de cuenta corriente núm. NUM000, las condiciones 1 a la 5.1, y en el contrato de tarjeta MasterCard número NUM001, las condiciones 1 a la 6 y de la 13 a la 21 ambos inclusive. Asimismo en los dos contratos se recogen condiciones abusivas, y así se señala, del contrato de cuenta corriente, el interés deudor relativo a los intereses por descubierto del 29% (TAE del 32,31%); comisión de descubierto de 4,5%, sin indicar si es simple o compuesto o si es anual, semestral, trimestral, etc.; comisión de reclamación de posiciones deudoras de 30 € por cada posición deudora reclamada; condición general 4.4 y 4.5 relativa a los intereses por descubierto o de demora, en la que establecen las condiciones de liquidación que no han sido aceptadas ni firmadas. En cuanto al contrato de tarjeta, el interés deudor o de demora es del 2,42% mensual (TAE del 33,18%), tipo de interés mensual por fraccionamiento del 1,80% (TAE del 23,87%); la comisión de reclamación de posiciones deudoras de 35 € por cada posición; la condición general 13.2b, que establece que el saldo deudor será el que certifica la entidad sin la intervención de fedatario público, lo cual contraviene el art. 1.256 del CC; condición general 13.4 relativa a los intereses por descubierto o de demora, en la que se establecen las condiciones de liquidación, que no han sido ni aceptadas ni firmadas. Asimismo, señala el demandado respecto al interés por descubierto que la entidad demandante aplicó durante la vigencia del contrato el tipo de interés de demora del 29%, como se colige de los extractos que acompaña a la demanda, por lo que debe declararse esa cláusula además de nula por no haber sido firmada, abusiva, infringiendo al art. 19.4 de la Ley 7/1.995, de modo que la actora miente deliberadamente cuando afirma que no había aplicado un tipo de interés por descubierto del 29%, sino que aplica el interés del 2,5 veces el tipo del interés legal vigente, y en consecuencia la actora ha percibido indebidamente la suma de 626,072 €, lo que determina que la liquidación final sea absolutamente errónea. En cuanto a la comisión por descubierto, la actora ha percibido indebidamente 1.508,09 € y ello con base en una cláusula nula de pleno derecho por ser abusiva, basándose en una cláusula que no ha sido aceptada ni firmada por el cliente, pero que además es abusiva y no se corresponde con un servicio efectivamente prestado, no habiendo notificado nunca la actora al demandado los gastos que



puede conllevar un descubierto en cuenta. Igualmente se estima que la actora carga indebidamente 800 ? en concepto de comisiones por reclamación de impagados y ello con base en una cláusula nula de pleno derecho, que no ha sido aceptada ni firmada y que además es abusiva y no se corresponde con un servicio plenamente prestado, puesto que la actora nunca le ha reclamado al demandado ningún tipo de posición deudora, sin que con la demanda se aporten los justificantes originales de las reclamaciones realizadas con recibí firmado del demandado. Señala asimismo el demandado que impugna expresamente el saldo de la cuenta corriente NUM000 y de la tarjeta de débito MasterCard NUM001 , en primer lugar porque la liquidación de la cuenta corriente presenta graves errores al incluir las cantidades ya referidas de intereses de descubierto, comisiones por descubierto y comisiones por reclamación, de modo que la demanda debe ser rechazada íntegramente o subsidiariamente descontar la suma de 2.934,16 ? (626,07+1508,09+800). En segundo lugar, se impugna expresamente la cantidad por importe de 1.263,26 ? en concepto de saldo en la liquidación de la tarjeta de débito anteriormente citada, no adeudando cantidad alguna por dicha tarjeta, ya que las disposiciones de la misma se efectuaban en la modalidad de débito, sin que se aporte de adverso los correspondientes extractos de cargo y abono de dicha tarjeta y los extractos y detalle de las liquidaciones de la misma, por lo que no se acredita deuda alguna. Impugnándose el certificado de deuda que se acompaña como doc. 5 de la demanda. En suma, no se acredita de adverso el saldo deudor dimanante del contrato de cuenta corriente o, subsidiariamente, debe descontarse de la cantidad reclamada de 5.969,57 euros, la suma de 2.934,16 ? y la cantidad de 1.263,26 ?. En lo tocante al contrato de tarjeta de crédito que se firmó el 1 de febrero de 2.012, se manifiesta que no se firmaron ni se aceptaron, como ya se dijo, las condiciones 1 a la 12 y 21 a la 34, ambas inclusive, y que son condiciones abusivas la del interés deudor o de demora del 2,42% mensual (TAE del 33,18%); tipo de interés mensual por fraccionamiento del 1,90% (TAE del 25,34%); comisión de reclamación de posiciones deudoras de 35 ? por cada posición; condición general 13 relativa a los intereses por descubierto de demora que establece las condiciones de liquidación, y la condición general 12.d) que establece que el saldo deudor será el que certifique la entidad. Se impugna expresamente el saldo de la tarjeta, de crédito MasterCard NUM002 , pues no se aportan los correspondientes extractos de cargo y abono de dicha tarjeta, por lo que no se acredita deuda alguna, pues si bien la actora aportó como docs. 8 y 9 un certificado de una consulta de recibos impagados elaborados por la propia parte actora, no se adjuntan los extractos de la tarjeta desde su apertura el 1 de febrero de 2.012, ni los detalles de las liquidaciones practicadas con desglose de saldos dispuestos, intereses y comisiones, no siendo posible determinar si dicho saldo incluye comisiones o intereses nulos. Con base en estos hechos, y con cita de la Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios, así como sentencias del Tribunal de Justicia de la UE y diversas resoluciones judiciales, se solicita se dicte sentencia desestimando la demanda.

El juzgador "a quo" dictó sentencia acogiendo íntegramente la demanda al estimar acreditada la realidad de la deuda reclamada a cuyo pago, en virtud de los contratos suscritos y de la fuerza obligatoria de los mismos, viene obligado el demandado, no estimando el juzgador que se haya infringido ni la LCRC ni la Ley General de Consumidores y Usuarios o la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya que en todo caso la entidad demandante ha aplicado no el interés deudor pactado, que sí sería abusivo, en el contrato de cuenta corriente, sino el establecido en el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo . Frente a esta resolución interpuso el demandado el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Alega la apelante, como primer motivo del recurso, infracción de normas y garantías procesales, estimando que en el presente caso se ha incurrido por el juzgador "a quo" en un defecto de falta de motivación y de incongruencia omisiva. Señalándose que el juzgador no se ha pronunciado sobre cuestiones planteadas, como la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos objeto del procedimiento como son la cláusula sobre intereses por descubierto o de demora, la de condiciones por descubierto o excedido, la de comisiones por reclamación de impagados o la cláusula sobre certificación de deuda.

Expuesto el primer motivo del recurso, debe señalarse que no se aprecia incongruencia en cuanto no existe discordancia entre lo solicitado y el fallo. Por lo que se refiere a la motivación, esta cuestión ha sido abordada reiteradamente por el TS, entre otras en la sentencia de 31 de enero de 2.012 , en la que el Alto Tribunal ha declarado: "*Como garantía frente al error y la arbitrariedad por parte de los poderes públicos, la motivación de las sentencias consiste en la exteriorización de los razonamientos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba determinante de la configuración de los hechos o fundamento fáctico y así como de la interpretación de la norma que el Tribunal entiende aplicable para la decisión del caso, sin necesidad de que dicha argumentación alcance a dar respuesta puntual a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, ni a todas y cada una de las alegaciones de las partes, con independencia de que estén más o menos fundadas, dado que es bastante con que se expongan los argumentos de hecho y de derecho que permitan conocer el por qué del fallo y, en último término, posibiliten el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso por medio de los recursos que a tal efecto arbitra nuestro ordenamiento (en este sentido, la sentencia 585/2.010, de 13 de octubre (RJ 2.010,7454), reiterando la doctrina contenida en las sentencias*



204/2.010, de 7 de abril (RJ 2.010 , 2546) y 623/2.008, de 8 de julio (RJ 2.008, 3350)) ". En el presente caso, si bien el juzgador "a quo" en la sentencia no examina una por una las cláusulas cuya nulidad se pretende, si examinó en conjunto las operaciones concertadas por el demandado con la actora, llegando a la conclusión estimatoria de la pretensión actora que se recoge en el fallo.

En segundo lugar se invoca por el apelante error en la valoración de la prueba. La valoración de la prueba, como señala la sentencia anteriormente citada del TS, " es el juicio de valor realizado por el Tribunal sobre la veracidad y suficiencia de las informaciones aportadas al proceso que se explicita en la motivación, por lo que no cabe confundir la motivación de la sentencia con la convicción del tribunal sobre la realidad de los hechos litigiosos ".

Sentado lo anterior, en el presente caso se alega por la parte apelante que no existe prueba alguna que acredite el saldo deudor de la cuenta corriente, ni de las dos tarjetas de crédito que se reclaman en la demanda, no probándose los cargos realizados, ni se acreditan las liquidaciones practicadas ni los cálculos de las mismas ni los intereses ni las comisiones. En lo que se refiere a la suma reclamada como principal del descubierto en cuenta por importe de 5.969,57 €, se señala por la parte apelante que en esa cantidad se incluyó o forma parte de la misma la suma de 1.263,26 euros, aportándose un pantallazo del terminal informativo de la entidad financiera como doc. 2 de la audiencia previa. Ciertamente del examen de ese documento se infiere que se llegó a escribir a bolígrafo, fol. 136, el número del contrato, constando que en el extracto de la cuenta aportada con la demanda, y que obra como documento número 4 de la misma, figura con fecha 24 de septiembre de 2.013, en el saldo de la tarjeta núm. NUM001 por un importe de 1.263,26 €, aportándose certificación por la actora, como documento núm. 5, en la que se señala que efectuada nueva liquidación para la citada cuenta de tarjeta de crédito, calculado el interés moratorio al triple del interés legal del dinero vigente a la fecha la liquidación de un 12%, y no conforme al interés pactado, resulta un total de deuda a favor de la entidad demandante de 1.263,26 €. Pues bien, para acreditar esa cantidad se aporta en la audiencia previa como documento núm. 2 el referido extracto donde figura el número de la cuenta a bolígrafo. Preguntado sobre los cargos que en el mismo aparecen, el demandado declaró de forma evasiva, manifestando que la deuda no la reconoce en general y que sabe que hay un saldo deudor, y exhibida que fue la documentación de la audiencia previa, negó haber recibido reclamación alguna y no recuerda los cargos, afirmando no saber qué deuda tenía con la demandante. Pues bien, el extracto que se presenta en la audiencia previa, y que el Banco dice que se corresponde con el número de contrato referido, va desde el 6 de marzo de 2.013 al 26 de agosto de 2.013 y es por tanto incompleto, puesto que en la demanda se dice que vinculado al contrato concertado el 6 de abril de 2.010 se suscribió contrato de tarjeta que se aporta como documento núm. 2 y que es de fecha 13 de octubre de 2.010. La parte recurrente, tras señalar la anomalía de escribir a bolígrafo el número de contrato, señala que la suma de los apuntes que aparecen en ese documento del fol. 136 arroja la cantidad de 2.105,47 €, mientras que la demanda lo fija en 1.263,26 €, de modo que se concluye que dicho extracto no se corresponde con la tarjeta que se dice, esto es con la tarjeta NUM001 . Motivo del recurso ha de ser acogido, en tanto que las alegaciones de la parte recurrente, que son acogidas por la Sala, no resultaron desvirtuadas por la contestación efectuada en la oposición del recurso, pues aún cuando el número de tarjeta que figura en el documento núm. 3 aportado con la demanda efectivamente se corresponde con el que figura en el documento del fol. 136, lo cierto es que no se desvirtúa el tema de las diferentes sumas que aparecen según el extracto y en la certificación, no estimándose acogible la manifestación de la parte apelada que se limita a señalar que el que lo que aquí se reclama sea inferior a lo señalado en dicho extracto obedece a que hubo ingresos del cliente que disminuyeron la deuda, extremo que no ha sido acreditado. En consecuencia, se excluye la cantidad de 1.263,26 €, como saldo de la tarjeta núm. NUM001 , habiendo sido este importe incluido en el extracto del documento núm. 4, que determina que el referido saldo en lugar de 5.969,57 € sería, en virtud de este motivo de recurso, de 4.706,31 € computando los intereses excedidos que figuran en el extracto al fol. 33, de los que posteriormente se tratará.

Se alega asimismo por la parte apelante error en la valoración de la prueba por lo que se refiere a la tarjeta número NUM003 y contrato NUM002 , cuyo saldo se fija en la demanda en 2.616,66 €, y para cuya acreditación se aporta en la audiencia previa dos reintegros obrantes a los fols. 134 y 135 por importe en un caso de 1.800 € y otro de 1.100 €, el primero de abril de 2.013 y el segundo, de marzo de 2.012, sumas que no coinciden con la cantidad reclamada, no acreditándose los movimientos de la cuenta de la tarjeta. Frente a estas alegaciones sostiene la parte apelada que como se puede observar en el doc. 9 de la demanda las tarjetas se liquidan mensualmente cuando constan los saldos que en dichas fechas resulten y que en suma se reclaman deudas inferiores a las acreditadas con los extractos y reintegros, dándose esta circunstancia, como en el caso anterior, porque el demandado realizó ingresos que redujeron dichas deudas. Pues bien, la Sala estima que en cuanto a la documentación aportada en la audiencia previa se limita a dos reintegros que aparecen reflejados en el extracto obrante al fol. 42 de las actuaciones, figurando el extracto desde el 6 de febrero de 2.012 hasta el 26 de noviembre de 2.013, siendo en la consulta de recibos impagados que obra al fol. 41 donde aparecen los importes pendientes mensualmente desde el 1 de septiembre de 2.013 hasta el 8 de enero de 2.014,



desconociéndose los anteriores. En suma, del examen de esa documental no cabe concluir que la cantidad adeudada sea la reclamada de 2.261 ? y sin que para justificar esta reclamación baste la alegación de que el demandado realizó ingresos que redujeron dichas deudas, pues se trata de una afirmación ayuna de prueba. En consecuencia, se excluye la reclamación que se solicita en la segunda parte del suplico.

TERCERO.- Alega la parte apelante que la actora no acreditó haber realizado gestión alguna para el cobro de algún descubierto, aportando en la audiencia previa como documento núm. 3 unas impresiones del terminal informático de la entidad financiera, que el demandado ha negado haber recibido. Sobre este extremo se manifiesta por la parte apelada que es cierto que ella no puede acreditar documentalmente la recepción de dichas cartas, pero que resulta cuando menos extraño hacer creer que el demandado mantuviese durante años una cuenta bancaria y dos contratos de tarjeta sin recibir comunicación alguna de la entidad bancaria.

Sobre este motivo de recurso ha de señalarse que como se declaró en el auto de esta Sala de 14 de noviembre de 2.014 , respecto a las reclamaciones de posiciones deudoras que: " *Tanto la Orden Ministerial 12-12-1.989 sobre tipos de interés y comisiones como la Ley 2/2.009, de 31 de marzo, 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: 1ª, 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 impagado y cliente (Memorias de Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 2.006 y 2.007)".

Pues bien, en el presente caso se reclaman por este concepto, según detalle que se efectúa en la contestación a la demanda y en el escrito del recurso, 800 ?, no habiendo sido acreditado que tal importe realmente excesivo, 30 euros por posición deudora, responda a un efectivo gasto de la entidad bancaria, por lo tanto la cláusula se declara nula y en consecuencia debe excluirse de la suma reclamada.

Asimismo, recurre la parte apelante la estimación del juzgador "a quo" de que la entidad financiera liquidó a lo largo del contrato el interés de demora conforme al art. 19.4 de la LCRC frente a lo pactado, que era un 29% (TAE del 32,31%). Pues bien, señala la parte apelante que la actora en todo momento liquidó conforme a la referida cláusula, siendo el interés fijado en la misma claramente desproporcionado y abusivo, habiendo efectuado el recurrente una liquidación para evidenciar cómo se había hecho en realidad la liquidación de los intereses de demora, que no ha sido desvirtuada por la parte contraria. Consecuencia de lo cual es considerar que la referida cláusula es abusiva y nula por ello, y que indebidamente la entidad bancaria ha percibido la suma de 626,07 ?, los cuales han de ser excluidos de la reclamación que se efectúa. Sin que se acoja la alegación de la parte apelante relativa a la aceptación y firma de las condiciones, por cuanto en la primera página de cada uno de los contratos el titular ha firmado que se aceptan todas en conjunto e individualmente sin reserva alguna cuantas condiciones regulan estas cuentas que constan al reverso del documento, tal como se señala en el documento núm. 1 y documento número 2, y en el 2 afirma el titular que acepta expresamente las condiciones particulares y generales que figuran en el documento, y lo mismo en el documento núm. 7.

Se señala también por la parte apelante que la entidad actora ha percibido o pretende percibir de forma indebida la cantidad de 1.508,09 ? en concepto de comisiones por descubierto, y ello con base en una cláusula nula de pleno derecho por abusiva, no correspondiéndose la misma con un servicio efectivamente prestado. Efectivamente, no se ha acreditado la realización de ese servicio y no se ha desvirtuado el cargo que se ha efectuado por este concepto al demandado. Además se observa en el clausulado que se establece comisión por descubierto, comisión por mantenimiento y comisión por administración, comisiones que se superponen, y debe concluirse, como se hiciera en el auto de esta Sala citado, que en tanto las comisiones citadas no se perciben como correspondientes a servicios o gastos reales y efectivos y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del servicio) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad. Y así, en el presente caso se fija la cláusula de comisión por descubierto en un 4,3% sobre el mayor saldo contable deudor del período liquidado, habiendo señalado la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 2.000 : " *Ahora bien, lo que no parece ya adecuado al equilibrio contractual es el hecho de que además de tal referido interés, ciertamente elevado, se haya estipulado una comisión del 20 % y además*



sobre el mayor saldo deudor del período liquidado, cláusula ésta que, como se afirma por un sector doctrinal, resulta perjudicial para el cliente porque en vez de hacer una media ponderada del descubierto durante el período de liquidación, toma en consideración tan sólo el mayor saldo del mismo existente en tal período; por otra parte, y aunque bien es verdad que no se trata de un consumidor, no podemos por menos que considerar a efectos interpretativos el contenido de la Directiva 13/1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos, aludiendo como tales a las que causan un desequilibrio importante entre las prestaciones, en particular, en los contratos de adhesión, estableciendo dicha Directiva un anexo conteniendo una lista de "numerus apertus" indicativa de cláusulas que pueden considerarse abusivas, citando entre ellas las que imponen a quien no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada.

Así las cosas, y con independencia de lo pactado, ha de considerarse abusiva y, por tanto, excluirse, la cláusula atinente a las comisiones por descubierto, y por tanto, las mismas no han de tenerse en cuenta en la liquidación. En este sentido, y del resultado de la pericial acordada para mejor proveer, resultó, excluida tales comisiones, un saldo de 338.063 pts., al que por tanto ha de estarse". Y en igual sentido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2.014 (sec. 19ª) se declaró: "No es posible la diversidad de remuneración para un mismo concepto, pues ante la existencia de un descubierto en cuenta corriente no es factible, por un lado, percibir los intereses moratorios, y, por otro, repercutir una comisión propiamente injustificada, como vienen a deducirse de la propia contestación a la demanda cuando se expresa -ya nos ocupamos de este extremo- que aquella comisión derivada del "especial análisis que debe realizar la entidad para permitir o no dicho crédito excepcional y en especial seguimiento que implica para que tal situación indeseable se regularice a la mayor brevedad posible, dado que en esta situación existe un riesgo superior al que se produce en contratos instrumentalizados en la póliza correspondiente".

El contrato de cuenta corriente lo es de adhesión, y, en este sentido deberán tenerse en cuenta las conclusiones jurisprudenciales en relación con el desequilibrio en que se encuentran las partes, imponiéndose a la entidad bancaria un deber de información, el tiempo que las cláusulas oscuras nunca podrán favorecer al que generó la oscuridad, como recoge el artículo 1288 del código civil y

.-Exigibilidad tan sólo de los intereses moratorios, que no de la reduplicada comisión en descubierto, pues en otro caso se vendría a producir una transferencia patrimonial sin causa, con manifiesta infracción de los artículos 1274 y siguientes del código civil, pues si por un mismo descubierto exigimos los intereses moratorios y una comisión, se está reiterando la prestación del servicio que no se ha prestado doblemente, y por tanto, cobrados los intereses moratorios no podrá repercutirse la comisión, como claramente se infiere, según hemos subrayado, de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 septiembre, que como ya dijimos, se derogó por circular 5/2012, de 27 junio; criterios, estos últimos, los de la circular 2012, que no pueden aplicarse, obviamente, con carácter retroactivo."

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, es que deba desestimarse, de un lado la petición referida al abono de 2.616,66 ? como principal de la tarjeta impagada, y que se recoge en el segundo apartado del suplico la demanda. En cuanto a la cantidad de 5.969,57 ?, principal descubierto en cuenta, debe excluirse de esa cantidad las partidas relativas a intereses moratorios, comisión de reclamación de posiciones y comisión por descubierto, es decir 2.934,16 ?, resultado de sumar 626,07 ? más 1.508,09 ? más 800 ?. A esa cantidad de 2.934,16 ? hemos de sumarle lo 1.263,26 ? por el saldo de la tarjeta NUM001 y, en consecuencia, esa suma nos da la cantidad de 4.197,42 ?, importe éste que debe deducirse de los 5.969,37 ? que son objeto de reclamación, lo que nos da la cantidad de 1.772,15 ?, suma que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de primera instancia, toda vez que no cabe integrar, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las cláusulas declaradas nulas.

CUARTO.- No procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de ambas instancias, de conformidad con los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Jon contra la sentencia dictada en fecha treinta de abril de dos mil quince 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** en el sentido de de condenar al apelante abonar a Liberbank, S.A. la cantidad de 1.772,15 ?, suma que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

Se confirma el resto de pronunciamientos de la recurrida.

No procede hacer expresa imposición de las costas ambas instancias.



Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto, 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 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por el 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.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ