

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA CIVIL
GABINETE TÉCNICO**

Sentencia 566/19, de 25 de octubre, CIP 725/2017

Tratamiento jurisprudencial de la abusividad de la comisión de reclamación de posiciones deudoras.

La Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez sobre la comisión de reclamación de posiciones deudoras.

La que es objeto de este enjuiciamiento- empleada por Kutxabank- no cumple las exigencias del Banco de España para este tipo de comisiones, porque prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Tampoco discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad 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).

La STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, *Gyula Kiss*) ha establecido, respecto de los gastos que puede conllevar un contrato de préstamo, que 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.

Precisamente la indeterminación de la comisión 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.

Por último, la comisión de reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal, porque 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 TRLGCU, según declaró la sentencia 530/2016, de 13 septiembre. Aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos que la comisión es

una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción.

Madrid, octubre de 2019
Área civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo