



Roj: **SAP SA 820/2021 - ECLI:ES:APSA:2021:820**

Id Cendoj: **37274370012021100820**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2021**

Nº de Recurso: **429/2021**

Nº de Resolución: **674/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00674/2021

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2019 0009498

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000429 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001466 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: RAFAEL CUEVAS CASTAÑO

Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

Recurrido: Blanca

Procurador: DIEGO SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIEN

Abogado: CARLOS EUGENIO MARTÍN PALOMERO

SENTENCIA Nº 674/2021

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA CRISTINA GARCIA VELASCO

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

DON **FERNANDO CARBAJO CASCÓN**

En la ciudad de Salamanca a ocho de noviembre de dos mil veintiuno.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento Ordinario N 1466/2019 del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca, **Rollo de Sala N º 429/2021**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelada **DOÑA Blanca** representada por el Procurador Don Diego Sánchez de



la Parra y Septien y bajo la dirección del Letrado Don Carlos Eugenio Martín Palomero y como demandado-apelante **BANCO SNATANDER S.A.** representado por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño y bajo la dirección del Letrado Don Manuel Muñoz García-Liñán.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 4 de febrero de 2021 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Que **estimando** la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. DIEGO SANCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIEN en nombre y representación Dª. Blanca , contra BANCO SANTANDER, S.A, representado por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL CUEVAS CASTAÑO debo declarar y declaro:

1º) la nulidad de la cláusula Quinta de la escritura de préstamo hipotecario concertada por las partes el día 21 de julio de 2014, por la que se atribuye al prestatario el abono de la totalidad de los gastos y tributos que se deriven del otorgamiento de la escritura de préstamo, y condeno a la demandada a restituir a la actora en la cantidad de 311,92 euros en concepto de gastos de notaría, 153,79 euros en concepto de aranceles derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad y 226,57 euros en concepto de gastos de gestoría.

2º) La nulidad de la cláusula que prevé la comisión por reclamaciones de posiciones deudoras a pagar por la prestataria y condeno a la demandada a eliminarla del contrato, manteniendo la vigencia del mismo y a restituir a la actora las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula que se declara nula

Las cantidades indicadas se verán incrementadas en el interés legal correspondiente a contar desde la fecha en que la prestataria procedió al pago de cada una de ellas.

Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas procesales causadas en esta instancia."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, revoque la sentencia de instancia desestimando en su integridad, en consecuencia la demanda en su día por la parte actora, todo ello con expresa imposición de las costas de esta alzada, a la parte actora, en caso de oponerse.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se dicte sentencia desestimando recurso interpuesto confirmando en su integridad la sentencia recurrida con expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **veinte de octubre de dos mil veintiuno** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PÉREZ.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 9 de esta ciudad se dictó sentencia, con fecha 4 de febrero de 2021, la cual, estimando la demanda promovida por la demandante, Blanca , contra la entidad demandada Banco Santander, S.A., declaró la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario concertada por las partes el día 21 de julio de 2014, por la que se atribuye al prestatario el abono de la totalidad de los gastos y tributos que se deriven del otorgamiento de la escritura de préstamo, con condena a la demandada a restituir a la actora en la cantidad de 311,92 euros en concepto de gastos de notaría, de 153,79 euros en concepto de aranceles derivados de la inscripción en el registro de la propiedad y de 226,57 euros en concepto de gastos de gestoría.

Asimismo, declaró la nulidad de la cláusula que prevé la comisión de reclamaciones de posiciones deudoras a pagar por la prestataria, con condena a la demandada a eliminarla del contrato, manteniendo la vigencia del mismo y a restituir a la actora las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula que se declara nula.

Las cantidades indicadas se verán incrementadas en el interés legal correspondiente a contar desde la fecha en que la prestataria procedió al pago de cada una de ellas.



Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas procesales causadas en esta instancia.

Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad demandada Banco Santander, S. A., por el que, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso (intituladas: Preliminar.- *Antecedentes y objeto principal del recurso*; 1º- *Imposibilidad de apreciar el carácter abusivo de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras*; 2º- *Improcedencia del pago de intereses legales como consecuencia de la restitución de las cantidades abonadas*. Art. 1303 del CC en relación con sus arts. 451 , 455 y 1896; 3º- *De la improcedencia de imposición de costas de instancia*. Existencia de dudas de hecho y de derecho más que razonables, ex art. 394. 1 LEC), se interesa su revocación y que se dicte otra desestimando en su integridad las pretensiones de la demanda promovida por la señalada demandante, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte actora, en caso de oponerse.

SEGUNDO.- Así las cosas, pasa a examinar la Sala la primera de las alegaciones impugnatorias de la sentencia recurrida, contenidas en el recurso apelatorio que nos ocupa, la cual se asienta en la afirmación del Banco apelante referida a que el juez a quo, al declarar abusiva y nula la cláusula cuarta del préstamo litigioso, en su apartado relativo a la comisión por reclamación de posiciones deudoras (39 euros por cada reclamación por descubierto) ha incurrido en error en la interpretación de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso.

Vaya por delante el que, a la vista del art. 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, si bien, a priori, el Banco de España admite la validez de estas comisiones, sin embargo, la condiciona a que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, de modo que si no se acredita la realidad del servicio o correspondiente gasto, las mismas no son exigibles al cliente.

Lo dejó muy claro hace décadas el Banco de España en su Circular 8/90, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, sustituida por la más actual y vigente 5/2012, de 27 de junio, en su norma tercera, apartado tercero.

*El término posición deudora hace referencia al impago generado al no atender puntualmente a la amortización de una cuota de un préstamo personal o hipotecario, por lo que la **comisión por reclamación de posición deudora** tiene por objeto resarcir a la entidad de los costes incurridos derivados de la gestión del recobro y no debe confundirse esta comisión con la comisión de descubierto.*

Hoy en día, el apartado 3 del artículo 14 LCCI, bajo el título "Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios" dispone:

"3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y **siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse".**

Y, por otro lado, la Sala 1ª del TS, principalmente en la sentencia nº 566/2019, de 25 de octubre de 2019, vino a dejar sentado que, conforme a la normativa bancaria, para que las entidades financieras puedan cobrar este tipo de comisiones a sus clientes de manera lícita, es preciso que justifiquen, cumplidamente, de un lado, el que sirven para retribuir un servicio real prestado al cliente y, de otro, el que los gastos del servicio se han realizado efectivamente.

Y, además, en concordancia con las especificaciones del Banco de España (por ejemplo Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), recuerda que esta comisión aparte de venir expresada con transparencia en el contrato (aceptación de los servicios por el cliente previa información personal de su contenido y de las tarifas o importes que se le van a cargar, etc.), debe ser *acorde con las buenas prácticas bancarias, lo que se traduce en que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; 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; su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales y no puede aplicarse de manera automática, etc.*

Esta doctrina, confirmada por el TS en su sentencia posterior de 15-7-2020, es seguida, pacíficamente, por las Audiencias Provinciales y Juzgados, que insisten en que, a mayor abundamiento, tal y como ya recoge el juzgador a quo en la sentencia impugnada, es la indeterminación la que genera la abusividad, amén de que estas comisiones vienen a sumarse a los intereses de demora como otra cantidad más a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en el art. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y en el art. 85.7 del mismo texto protector de los consumidores (cobro de servicios no prestados).



En definitiva, una comisión de esta naturaleza es abusiva y nula cuando implica el cobro de servicios efectivamente no prestados o de gastos no habidos, comportando un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del citado contrato al implicar un incremento injustificado de los costes que debe soportar el prestatario para el caso de impago de los recibos mensuales de amortización, máxime cuando su aplicación sea automática sin que la entidad acredite haber realizado ningún tipo de gestión efectiva para reclamar tales impagos y cuando dicha cantidad se pacta además de la de los intereses de demora...

En este sentido, por ejemplo, las SSAAP de Asturias (Sección 5ª), de 28 de julio de 2017; de Cáceres (Sección 1ª), de 15 de noviembre de 2017; de Navarra (Sección 3ª), de 21 de octubre de 2020. Y la sentencia de esta misma Audiencia de Salamanca de 20 de julio de 2021 (Rollo de apelación núm. 161/2021).

TERCERO.- Dicho esto, y partiendo de que por mor de las reglas distributivas del onus probandi (art. 217 y concordantes de la LEC) y de los términos del art. 88.2 TRLGCU, le corresponde al Banco la carga de la prueba de la realidad del servicio remunerado, de la gestión y del coste que vino fijado en el contrato, etc., asiste la razón al juzgador a quo cuando pone de manifiesto que habiéndose pactado en el contrato litigioso de 21-7-2014 un interés de demora (cláusula 6ª), -al tipo remuneratorio resultante se le añadirían diez puntos-, se le añade la comisión referida, la cual, en tanto no acredita el Banco apelante responda a un servicio concreto, ha de abocar a su nulidad de la cláusula, debiendo a este respecto tener en cuenta como en el propio clausulado de la referida cuenta se señala que la liquidación de la Comisión por descubierto se realizará junto con la liquidación periódica de intereses, es decir, que en el presente caso se prevé la comisión de descubierto existiendo ya un interés deudor y sin especificar ni haber aclarado en el proceso a qué responde la comisión de descubierto, etc.

Y no vale el argumento del recurso, relativo a que como en el caso litigioso no hubo ningún descubierto por impago de alguna de las cuotas pactadas, etc., no se pueden acreditar las gestiones necesarias y precisas al respecto y su coste, aun cuando, de paso, se sugiera que podría asumirse ese gasto por envío, se dice, de un burofax por la reclamación de un recibo impagado...

*En sentencia de 16 de mayo de 2018 (Rollo 32/2018) esta Sala ya dijo que ... Y no es óbice para el éxito de la pretensión de los actores, el que, en el caso, no se haya llegado a aplicar la cláusula y el que no se haya cobrado comisión alguna en tal concepto, por no haberse producido impagos, pues están aquellos legitimados para interesar que la entidad demandada elimine la tal **cláusula** del contrato de **préstamo**, a fin de que no pueda ser aplicada en el futuro...*

de otro lado, ya se anticipó que es precisamente tal indeterminación y falta de transparencia la que provoca la abusividad de la cláusula en cuestión, dado que en ella para nada se habla, ni en una mera línea, de lo que van a consistir esos gastos previos de gestión que la entidad, hipotéticamente, debería de asumir en caso de tener que reclamarle a la demandante el impago de cuotas y el porqué de la comunicación de la situación de impago se cifra en 39 euros por cada impago y no en 20 o 25 euros, etc.

Quiere decirse que contrastando la cláusula controvertida con las exigencias normativas y jurisprudenciales se constata que no reúne los requisitos requeridos, significándose a modo de una reclamación automática, no dejando identificado a qué se van a dedicar esos 39 euros por cada descubierto, o sea, el tipo de gestión a llevar a cabo y los conceptos por un gasto efectivo (no es igual 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, como advierte el TS), etc.

Falta en la cláusula controvertida la previsión, la concreción e información de modo transparente y con cumplimiento del contenido mínimo de la Orden EHA/2899/2011 y de la Circular del Banco de España 5/2012, así como de las especificidades que la normativa sectorial reserva a este tipo de producto o servicio bancario, pues, nada consta acerca del canal empleado o a emplear por el Banco para comunicar la cuota impagada, y de ello deducir su adecuación y proporcionalidad con lo reclamado; falta la previsión clara de la incompatibilidad de este gasto con otras penalizaciones, en la medida en que se enmarca en la reconducción del pago de la deuda, la imposibilidad de reiteración del gasto para un mismo saldo impagado, ni siquiera cuando, en caso de impago en el tiempo, este se prolongue en sucesivas reclamaciones.

Sin necesidad de más consideraciones este motivo impugnatorio queda rechazado.

CUARTO.- Igual suerte desestimatoria debe correr la pretensión de que se deje sin efecto la condena al pago del interés por la nulidad de la cláusula gastos, en razón de que el criterio de esta Sala, ya reiterado, de la procedencia y corrección legal de la condena a la demandada al abono de los intereses legales de las cantidades que ha de pagar, los cuales se contabilizarán desde la fecha de su abono por la actora y hasta la fecha de la sentencia de instancia, y desde ésta hasta el completo pago, se expresa con el siguiente tenor: ...se tiene declarado por este Tribunal en otras resoluciones acerca de la misma impugnación del pronunciamiento



que contiene la sentencia recurrida, atinente al pago de intereses legales desde el pago de cada una de las cantidades reclamadas, abogando por la aplicación del régimen general de los arts. 1100 y siguientes del CC y la consecuencia de que el devengo de intereses legales debe quedar fijado a partir de la reclamación extrajudicial y hasta la fecha de la misma, y desde entonces con consideración del art. 576 de la LEC, etc., que ha de distinguirse entre los intereses moratorios que cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación (tenor del art. 1108 del CC), y lo que deben considerarse frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa, conforme a la doctrina del TS (sentencias 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo, y 1385/2007, de 8 de enero, entre otras muchas).

Con el añadido de que a esto último responden los arts. 1295, primer párrafo, y 1303 del Código Civil, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas - sentencias 772/2001, de 20 de julio, 812/2005, de 27 de octubre, y 1385/2007, de 8 de enero, entre otras -, cual sucede con la resolución de las relaciones contractuales, como regla general.

Y, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105 / 1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990), 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia...

A este criterio debemos atenernos, también, en el presente caso, sin que se hagan precisos más añadidos.

Finalmente, tomando en consideración la fecha de presentación de la demanda rectora de esta litis, la de la contestación a la misma por la parte demandada, tomando en consideración que desde el 23 de enero de 2019, todos los juristas saben sobradamente los criterios que la Sala 1ª adoptó en lo que toca a la cláusula de "gastos" de los préstamos hipotecarios, así como que desde octubre de 2019 quedan explicitados por esa misma Sala 1ª los presupuestos exigibles para la validez y licitud de la cláusula de reclamación por posiciones deudoras (más de un año después a esas fechas se celebra la "audiencia previa", en este proceso), etc., el alegato de concurrencia de dudas de hecho y/o de derecho es francamente inconsistente, carece de fundamento y es inasumible. Lo cierto es que todas las pretensiones de la demanda de la Sra. Blanca han sido estimadas en la sentencia recurrida, y es por ello correcto que, en aplicación del criterio objetivo del vencimiento ex art. 394. 1 de la LEC, el Banco demandado cargue con las costas de la primera instancia, sin necesidad siquiera de acudir a los efectos y consecuencias que en favor de los consumidores, a este respecto, ordena la jurisprudencia del TJUE (principio disuasorio, etc).

QUINTO.- En consecuencia, ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, Banco Santander, S.A., y confirmada la sentencia impugnada, con imposición a la dicha parte apelante de las costas causadas en esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 398. 1, en relación con el artículo 394. 1, ambos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consideración a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, **Banco Santander, S.A.**, representada por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño, confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 9 de esta ciudad, con fecha 4 de febrero de 2021, en el Procedimiento Ordinario nº 1466/2019, del que dimana el presente rollo, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta segunda instancia y con pérdida del depósito que hubiere constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ