



Roj: **SAP O 4080/2020 - ECLI:ES:APO:2020:4080**

Id Cendoj: **33044370012020101722**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2020**

Nº de Recurso: **123/2020**

Nº de Resolución: **1761/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA

OVIEDO

SENTENCIA: 01761/2020

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSL

N.I.G. 33044 42 1 2019 0005862

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001557 /2019

Recurrente: BANCO DE SANTANDER, S.A.

Procurador: SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado: LETICIA DELESTAL GALLEGO

Recurrido: Gregorio

Procurador: RAMON BLANCO GONZALEZ

Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

SENTENCIA nº 1761/2020

RECURSO APELACION 123/20

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales

Ilmo. Sr. D. Miguel Antonio del Palacio Lacambra

Oviedo, a diecinueve de Octubre de dos mil veinte.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1557/2019, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 123/2020, en los que aparece como parte apelante, la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., representada por el Procurador SALVADOR SUAREZ SARO, asistida por la Abogada LETICIA DELESTAL GALLEGO, y como parte apelada, Gregorio, representado por el Procurador RAMON BLANCO GONZALEZ, asistido por el Abogado JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 21 de Noviembre de 2019 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco, en nombre y representación de D. Gregorio, frente a la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, y, en consecuencia:

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 4ª, de comisión de reclamación de posiciones deudoras, y de la 5ª, reguladora de los gastos, contenidas en la escritura de novación de

préstamo hipotecario de 9 de febrero de 2007, aplicables al actor en virtud de escritura de compraventa con subrogación y novación de **préstamo** hipotecario de 5 de febrero de 2009.

2.- Se condena a la entidad demandada a restituir a la parte actora 11,27 euros por notaría, 32,07 por Registro de la Propiedad y 48,33 por gestoría, con los intereses legales devengados desde su pago hasta sentencia y, desde ésta y hasta su efectivo abono, los intereses legales incrementados en dos puntos.

Absolviendo a la demandada del resto de pedimentos ejercitados en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19 de Octubre de 2020.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso por la representación de Banco Santander S.A., frente a la Sentencia que estimó parcialmente la demanda y declaró en lo que ahora interesa la nulidad de la cláusula sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras, contenida en un **contrato** de novación de **préstamo** hipotecario suscrito el 9 de febrero de 2007 entre la parte demandante ahora apelada, y Banco Pastor, hoy Banco Santander S.A.

El recurso sostiene la validez de la cláusula cuarta en lo relativo a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Frente al recurso, la parte apelada defiende la corrección de la Sentencia, y solicita tanto la desestimación del recurso como la confirmación de la Sentencia con imposición de costas al apelante.

SEGUNDO.- No puede atenderse el motivo de recurso relativo a la validez de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, fijada en el importe de 30 euros por cada reclamación. El establecimiento de un precio fijo, sin atención a la labor realizada en cada caso, revela la ausencia de la necesaria reciprocidad entre aquel concepto y la gestión llevada a cabo por el Banco, lo que conduce asimismo a la declaración de nulidad por abusiva (art. 89-5 L.G.D.C.U.) de las cláusulas objeto de impugnación.

Como señala esta Sección de manera reiterada, en entre otras, la SAP de 8 de mayo de 2019 " *La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2.011 (páginas 198-199), en relación específicamente con la comisión por reclamación de posiciones deudoras, recuerda: que el adeudo de comisiones por reclamación de cuota impagada tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las reclamaciones necesarias para la recuperación de dichos saldos, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, además deben cumplirse, en opinión de este Servicio de Reclamaciones, una serie de criterios que a continuación se resumen:*



- En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que, a juicio de este Servicio de Reclamaciones, no queda justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador.

- En segundo lugar, 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 un descubierto, el mismo se prolonga en sucesivas liquidaciones de la cuenta.

- Finalmente, dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

Además, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica bancaria (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente".

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, figura una comisión de reclamación de posiciones deudoras de 30 euros. De lo actuado resulta que tales comisiones se cobran de modo automático, con carácter general y en cantidades fijas, funcionando la comisión exclusivamente como una sanción al cliente que deja de pagar. Motivos todos que llevan a considerar abusiva la condición que se examina, confirmando la decisión de instancia sobre este particular, siendo intrascendente que la cláusula no haya llegado a aplicarse, por cuanto la nulidad es independiente del hecho de la efectiva aplicación de la cláusula. En igual sentido, STS 566/19 de 25 de octubre.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394, 397 y 398 LEC, desestimado el recurso, procede realizar expresa imposición a la apelante de las costas causadas por el recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia dictada en los autos de los que el presente recurso dimana, que se **CONFIRMA** en todos sus extremos, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en el BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.